

**JOSÉ RODRIGO RODRIGUEZ**

**O DIREITO LIBERAL PARA ALÉM DE SI MESMO: FRANZ NEUMANN,  
O DIREITO E A TEORIA CRÍTICA**

Tese de Doutorado apresentada ao Departamento de  
Filosofia do Instituto de Filosofia e Ciências Humanas  
da Universidade Estadual de Campinas sob a  
orientação do Prof. Dr. Marcos Nobre.

Este exemplar corresponde à redação  
final da tese defendida e aprovada  
pela Comissão Julgadora em  
07.11.2006.

**BANCA**

Prof. Dr. Marcos Nobre (orientador)

Profa. Dra. Yara Adario Frateschi (membro)

Prof. Dr. Ricardo Ribeiro Terra (membro)

Prof. Dr. Cícero Romão Resende Araújo (membro)

Prof. Dr. Celso Fernandes Campilongo (membro)

Prof. Dr. Oswaldo Giacóia Júnior (suplente)

Prof. Dr. Denilson Werle (suplente)

Prof. Dr. Luiz Sergio Repa (suplente)

NOVEMBRO/2006

UNICAMP  
BIBLIOTECA CENTRAL  
CÉSAR LATTES  
DESENVOLVIMENTO DE COLEÇÃO

UNIDADE BC  
Nº CHAMADA: T/UNICAMP R618d  
V. 74383 EX. 16.145-07  
TOMBO BCCL 16.145-07  
PROC 16.145-07  
C 16.145-07 D 16.145-07  
PREÇO 11.00  
DATA 03/10/07  
BIB-ID 416046

FICHA CATALOGRÁFICA ELABORADA PELA  
BIBLIOTECA DO IFCH – UNICAMP

RODRIGUEZ, Jose Rodrigo

O Direito Liberal para além de si mesmo. Fraz Neumann, o Direito e a Teoria Crítica.  
Título em inglês: Liberal Law Beyond Itself. Franz Neumann, Law and Critical Theory /  
Jose Rodrigo Rodriguez. - - Campinas, SP: [s.n.], 2006.

Orientador: Prof. Dr. Marcos Nobre.

Tese (doutorado) – Universidade Estadual de Campinas, Instituto de Filosofia e Ciências  
Humanas

1. Direito. 2. Teoria. 3. Socialismo. 4. Marxismo. 5. Liberalismo. I. Nobre, Marcos, 1964–,  
II. Universidade Estadual de Campinas. Instituto de Filosofia e Ciências Humanas. III.  
Título.

(mfbm/ifch)

Palavras-chave: direito  
teoria  
socialismo  
marxismo  
liberalismo

Palavras-chave em inglês (keywords): law  
theory  
socialism  
marxism  
liberalism

Área de Concentração: Filosofia

Titulação: Doutorado em Filosofia

Comissão Julgadora: Orientador: Prof. Dr. Marcos Nobre (membro interno)

Membro 1: Prof. Dr. Yara Adario Frateschi (membro interno)

Membro 2: Prof. Dr. Ricardo Ribeiro Terra (membro externo)

Membro 3: Prof. Dr. Cícero Romão Resende Araújo (membro externo)

Membro 4: Prof. Dr. Celso Fernandes Campilongo (membro externo)

Suplente 1: Prof. Dr. Oswaldo Giacóia (suplente)

Suplente 2: Prof. Dr. Luiz Sérgio Repa (suplente)

Suplente 3: Prof. Dr. Denilson Luis Werle (suplente)

data da defesa: 7 de novembro de 2006.



**JOSÉ RODRIGO RODRIGUEZ**

**O DIREITO LIBERAL PARA ALÉM DE SI MESMO: FRANZ NEUMANN,  
O DIREITO E A TEORIA CRÍTICA**

Tese de Doutorado apresentada ao Departamento de  
Filosofia do Instituto de Filosofia e Ciências Humanas  
da Universidade Estadual de Campinas sob a orientação  
do Prof. Dr. Marcos Nobre.

Este exemplar corresponde à redação  
final da tese defendida e aprovada pela  
Comissão Julgadora em 07.11.2006.

**BANCA**

Prof. Dr. Marcos Nobre (orientador)

Profa. Dra. Yara Adario Frateschi (membro)

Prof. Dr. Ricardo Ribeiro Terra (membro)

Prof. Dr. Cícero Romão Resende Araújo (membro)

Prof. Dr. Celso Fernandes Campilongo (membro)

Prof. Dr. Oswaldo Giacóia Júnior (suplente)

Prof. Dr. Denilson Werle (suplente)

Prof. Dr. Luiz Sergio Repa (suplente)

NOVEMBRO/2006

## RESUMO

O senso comum marxista vê o direito como mera superestrutura a serviço da dominação de classe. Franz Neumann (1900-1954), teórico do direito ligado ao Instituto de Pesquisas Sociais de Frankfurt, discorda desse ponto de vista. Esta tese examina seus escritos da década de 30, especialmente *O Império do direito* (1936), para mostrar que o autor vê potenciais emancipatórios no direito liberal, num debate com o conceito de materialização do direito de Max Weber. Estes potenciais nascem da práxis parlamentar da classe trabalhadora e do advento do nazismo e se referem à possibilidade de o direito expressar a vontade da sociedade, inclusive o objetivo de controlar os meios de produção. Além disso, a tese mostra que o potencial emancipatório do direito não deve ser avaliado em abstrato, mas conforme um determinado diagnóstico do tempo. Por isso, esboça um diagnóstico da relação entre direito e sociedade no mundo contemporâneo, utilizando o conceito de *projeto de juridificação*, proposto por esta tese, inspirado nos escritos de Franz Neumann.

## ABSTRACT

Vulgar Marxism considers Law as a superstructure to uphold class domination. Franz Neumann (1900-1954), a law theorist of the Institute of Social Research in Frankfurt, disagrees with this point of view. This Thesis examines his writings from the 30's, especially *The rule of law* (1936) to show how he sees liberal law as potentially emancipatory, engaging to a debate with Max Weber's concept of Law materialization. This potential emerges with working class parliamentary praxis and with the Nazism, and refers to Law's capacity to express social will, even the aim to control the means of production. Furthermore, this Thesis argues that Law's emancipatory potentials should not be evaluated in abstract, but in the context of a diagnosis of the time. It sketches a diagnosis of our time, especially regarding the relation between Law and Society, proposing and using the concept of *project of juridification*, inspired by Franz Neumann's writings.

## AGRADECIMENTOS

Esta tese foi concebida e executada no Núcleo Direito e Democracia sediado no CEBRAP em São Paulo, cujas atividades são financiadas pela FAPESP. O trabalho contou com o apoio financeiro da Escola de Direito de São Paulo da FGV (Direito GV) que permitiu o seu autor afastar-se temporariamente de suas funções junto à Coordenadoria de Pesquisas e Publicações para finalizar a redação do texto. A todas essas instituições os mais sinceros agradecimentos.

Obrigado à SANDRA CRISTINA TEIXEIRA GOMES e ANA MARA MACHADO, companheiras de trabalho, pela ajuda com as tarefas do cotidiano.

Sem a generosidade de ANDREAS GRÜNEWALD e GILBERTO BERCOVICI eu não teria conseguido obter livros e textos essenciais para realizar esta tese. Sem os debates no Núcleo Direito e Democracia e o apoio de meu orientador eu não teria me aventurado a enfrentar a obra de FRANZ NEUMANN, autor tão desconhecido quanto complexo. Finalmente, sem o entusiasmo de RÚRION SOARES MELO, estudioso de HABERMAS e tradutor d' *O Império do direito* para o português, minha tarefa teria sido bem mais difícil.

Agradeço a todos os meus amigos pela paciência, especialmente no período final de redação desta tese. À MÔNICA TEIXEIRA, NELSON JARDIM YAZAKI, ANA PAULA VIEIRA DOS REIS, FERNANDO AMARAL, RENATA MARTINS DOMINGOS, CARLOS EDUARDO DE ABREU BOUCAULT e CARLOS EDUARDO BATALHA a gratidão pela confiança e pelo companheirismo de sempre.

VALENTIM FACIOLI tem me ensinado, ao longo dos anos, a levar a sério o trabalho com as palavras. Esta tese é mais uma tentativa de colocar o que aprendi em prática. Para MARTA RODRIGUEZ ASSIS MACHADO e MAÍRA ROCHA MACHADO um agradecimento especial por me fazerem acreditar que meus estudos têm alguma utilidade para seu trabalho.

Agradeço a meus irmãos DANIEL RODRIGUEZ e DIOGO ANTÔNIO RODRIGUEZ; também a minha mãe OLÍVIA PEDRO RODRIGUEZ por todo o apoio e pelos arranjos práticos que permitiram que eu finalizasse este texto.

*À memória de meu pai, ANTÔNIO RODRIGUEZ.*

*À FLÁVIA, dentro do texto, dentro da vida.*

A alienação não é nem a inerência à história, nem a existência da instituição como tal. Mas a alienação surge como uma *modalidade* da relação com a instituição e, por seu intermédio, da relação com a história. É esta modalidade que precisamos elucidar, e, para isso, melhor compreender o que é a instituição.

CORNELIUS CASTORIADIS,  
*A instituição imaginária da sociedade* (1975).

Desse modo, a luta pelo direito ao emprego implica admitir a subsunção do trabalhador a um processo produtivo automático e alienante, embora ao mesmo tempo lhe abra espaço para uma nova forma de representação em que os trabalhadores tendem a se fazer representar nos órgãos que decidem das políticas de emprego. Ao assumir a alienação, tratam de geri-la. Em vez daquela representação que encarna a espécie, o logro da vontade geral, surge uma outra em que o particular faz valer sua medida, tendendo a ajustá-la aos outros interesses particulares. Sem querer alienar as medidas de seus próprios trabalhos, a massa dos assalariados das sociedades contemporâneas, de leste a oeste, luta ferrenhamente pela livre negociação de sua força de trabalho. [...] Quando logram se libertar do corporativismo, que recorre ao Estado para dar à categoria um lugar ao sol privilegiado, igualam-se no esforço duma negociação competitiva e recusam qualquer medida exógena que não resulte dos próprios passos da negociação. Nessa igualdade, creio eu, residem germes de uma nova forma de sociabilidade, duma nova identidade do povo consigo mesmo. Apostar nela é ser democrata.

JOSÉ ARTHUR GIANNOTTI,  
*Identidade e democracia* (1984).



*The imperfect is our paradise.*  
WALLACE STEVENS

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO .....	17
1. A luta pela Constituição de Weimar.....	29
1.1 Introdução .....	29
1.2 Um episódio no debate constitucional de Weimar.....	32
1.3 O fascismo das cortes trabalhistas .....	42
1.4 Lutar pelo direito e escrever Teoria Crítica .....	52
2. Direito liberal e emancipação humana .....	63
2.1 Introdução .....	63
2.2 A invenção da forma direito.....	74
2.2.1 Soberania e liberdade.....	81
2.2.2 Os direitos fundamentais e o direito de propriedade .....	86
2.3 Forma direito e emancipação humana sob o capitalismo monopolista.....	95
2.3.1 A racionalidade do direito liberal .....	95
2.3.2 A diferença entre legislação, administração e jurisdição .....	106
2.3.3 O problema da aplicação e da criação das normas jurídicas ...	111
2.4 O conceito de direito .....	115
2.4.1 O direito positivo mede a si mesmo .....	116
2.4.2 O direito positivo como expressão de soberania e liberdade .....	118
2.4.3 O direito positivo para além de si mesmo .....	120
3. Projetos de juridificação e emancipação humana.....	123
3.1 Introdução .....	123
3.2 Direito, diagnóstico do tempo e pesquisa empírica .....	125
3.3 Racionalidade procedimental: legislar, administrar e julgar.....	127
3.4 Para uma teoria crítica do direito .....	132

3.4.1	Pesquisa empírica, alternativas institucionais e projetos de juridificação .....	132
3.4.2	Crítica da dogmática jurídica e teorias de médio alcance .....	144
3.4.3	Direito, economia e ciências sociais: uma tarefa comum.....	151
Conclusão Quem deve ter o poder de qualificar juridicamente os fatos sociais?.....		157
Referências Bibliográficas.....		175

## INTRODUÇÃO

A história das relações entre marxismo e direito, ao contrário do que possa parecer ao senso comum, é problemática e plural. Se tomarmos como ponto de partida a obra de Marx e de Engels, avançando do debate austro-marxista (MARRAMAO, 1985) para o exame da polêmica sobre a socialdemocracia alemã (WALBERG, 1982), passando pelos escritos de Antonio Gramsci (COUTINHO, 1999), pelas reflexões da Teoria Crítica (SHEUERMANN, 1997; RODRIGUEZ, 2004) e pelo debate contemporâneo – protagonizado por pensadores como Norberto Bobbio (BOBBIO, 1991), Nicos Poulantzas (POULANTZAS, 2000) e Jürgen Habermas (HABERMAS, 1998) – encontraremos muito pouca concordância entre autores e teorias.

Trata-se de uma paisagem variada que, a despeito de sua extrema riqueza conceitual, permanece quase inexplorada pelos estudiosos brasileiros. Mesmo Karl Marx, cuja vulgata lhe imputa a condenação sumária do direito burguês como mera ideologia de classe, pode ser lido com mais sutileza, especialmente no que se refere à sua obra madura (ATIENZA, 1982: 207 e ss; FINE, 1984: 95-121; GIANNOTTI, 2000a: 254 e ss; GIANNOTTI, 2000b: 86 e ss). Engels também ressaltou a importância da luta pelo Estado em diversos escritos, especialmente em sua introdução ao texto de Marx, *A luta de classes na França (1848-1850)*, respondendo ao sucesso da socialdemocracia alemã (ENGELS, 1980; NEGTE, 1982:159-160). No caso do austro-marxismo, a lacuna é descomunal. A extrema densidade e variedade do pensamento de autores como Karl Renner, Otto Bauer e Max Adler fazem espantosa a ausência de estudos sobre suas obras (a exceção é LOPES, 1997).

Pode-se imaginar que esta ausência se deva, ao menos em parte, a um preconceito histórico contra autores classificados, muito comodamente, como socialdemocratas e, por isso mesmo, segundo esta caricatura, essencialmente contra-revolucionários. Os ecos da acusação de Lenin a Kautsky e à socialdemocracia alemã (LENIN, 2005; WALBERG, 1982; FETSCHER, 1982) parecem determinar, até hoje, a interpretação das obras de todos aqueles que se aventuraram a afirmar o direito como instância determinante para a revolução socialista.

Acusações acríicas tomam o lugar da análise dos pressupostos teóricos e históricos que permitiriam colocar o direito nesta posição privilegiada. É como se o debate sobre direito e Estado no marxismo estivesse definitivamente resolvido e nos restasse aplicar as análises de

Lenin para toda e qualquer sociedade, independentemente de suas condições históricas específicas. Como lembra um importante historiador do marxismo:

Na base dessas divergências e desses contrastes, geralmente bastante ásperos, estavam opiniões, avaliações, prognósticos diferentes, referentes ao processo histórico, ao desenvolvimento da sociedade, à própria essência do capitalismo e do socialismo (WALBERG, 1982: 252).

Esta tese não pretende perseguir historicamente este preconceito da esquerda em relação ao direito. Nosso objetivo é mais modesto. Pretendemos examinar *O Império do direito* (*The rule of law*), obra publicada em 1936 por Franz Neumann. Em nosso juízo, trata-se de um dos mais importantes livros já escritos sobre direito e marxismo. Por esta razão, ele merece ser adicionado à extensa lista de dois estudos dedicados a formular uma teoria marxista do direito: a *Teoria geral do direito e o marxismo* (1917) de Pashukanis e *As instituições do direito privado e sua função social* (1904) de Karl Renner.

O autor da lista, Hugh Collins, ressaltando a existência de literatura mais recente, atribui a escassez de trabalhos sobre o direito no campo marxista a dois fatores. Primeiro, à ênfase que o marxismo costuma dar à economia, relegando o direito a uma posição periférica. Mesmo os trabalhos que falam sobre o Estado tratam o direito como um setor não problemático deste. Segundo, ao construir uma teoria do direito, um estudioso marxista corre o risco de fetichizar o direito, ou seja, tratá-lo como um componente essencial da ordem social e da civilização (COLLINS, 2001:10), deixando em segundo plano seu caráter histórico. Num nível menos abstrato de análise, Otto Kirchheimer afirmou que as teorias da pena exercem uma função ideológica ao reafirmar, sem crítica, o laço entre crime e pena como se fosse indissolúvel. Uma análise das condições reais em que este laço surgiu e de seu desenvolvimento abre espaço para pensar o fim da pena, ou seja, pensar para além de uma teoria da pena (RUSCHE & KIRCHHEIMER, 2003: 3-7, MACHADO & RODRIGUEZ, 2006). Da mesma maneira, uma teoria do direito tende a ser incapaz de ver para além dela mesma, ao tratar seu objeto descolado da história. Corre o risco de cristalizar como eterno o direito de uma determinada formação social, excluindo de seus limites cognitivos a possibilidade de pensar uma sociedade sem direito. Veremos adiante como Franz Neumann evita este erro.

Esta tese pretende dar um passo no esforço de recuperar a reflexão marxista sobre o direito e sobre o Estado em nosso país.<sup>1</sup> No caso de Franz Neumann, trata-se também de jogar luz sobre um autor que, recentemente, tem sido revisitado pelas ciências sociais, filosofia e teoria do direito contemporâneas. Desde a década de 80 do século passado, momento em que *O Império do direito* foi publicado pela primeira vez, os trabalhos sobre o autor têm se sucedido. No entanto, não temos notícia de nenhum trabalho monográfico, brasileiro ou estrangeiro, que atribua a *O Império do direito* lugar central na compreensão do trabalho de Franz Neumann. Normalmente, o livro é tratado como antecessor menos importante de sua impressionante pesquisa concernente ao funcionamento das instituições nazistas, *Behemoth*, livro de 1942.

Em *O Império do direito* foi apresentado, em 1936, como tese de doutorado a *London School of Economics*. Permaneceu quase cinquenta anos inédito. Foi publicado, pela primeira vez, em 1980 na Alemanha e em 1986 na Inglaterra. Desde então, tem atraído a atenção de pesquisadores da Alemanha, Inglaterra e Estados Unidos, quase sempre em trabalhos temáticos que não se dedicam a pensar a especificidade do pensamento de Franz Neumann. Exceção à regra são as obras de *William Scheuermann* (1997), sobre Neumann e Otto Kirchheimer; *Duncan Kelly* (2003), sobre Max Weber, Carl Schmitt e Neumann e a monografia de *Peter Intelmann* (1996), única monografia sobre Neumann, mas focada no debate sobre o reformismo na Alemanha.

Os livros de Scheuermann e Kelly, apesar de não tratarem exclusivamente de Neumann, fazem interpretações profundas de seu pensamento. Kelly ressalta um aspecto parcial de seu pensamento, realçando sua relação com Weber. Scheuermann pensa o significado do direito para a Teoria Crítica, objetivo mais próximo do nosso.

Além destes trabalhos, temos análises das idéias de Neumann em capítulos de obras panorâmicas (COTTERREL, 1995; THORNHILL, 2000) e artigos sobre aspectos de seu pensamento, a maioria reunidos em duas coletâneas publicadas na Alemanha (PERELS, 1984; ISER, 2002). Parte dos artigos da coletânea de Iser foi publicada em inglês na revista *Constellations*, inclusive um texto de Claus Offe.

---

<sup>1</sup> Estudos representativos deste esforço são, entre outros: COUTINHO, 2000, 1999, 1996, 1985, 1980; FAUSTO, 1987; SADER, 1993; NAVES, 2000; CODATO & PERISSINOTTO, 2001.

Nosso propósito é mostrar o potencial revolucionário do direito liberal segundo Neumann. Para fazê-lo, será preciso redimensionar o lugar de *O Império do direito* em sua produção intelectual. É neste livro que Neumann enfrenta o argumento weberiano da perda de sentido do direito liberal e lhe dá uma resposta. Por esta razão, nossa exposição seguirá de perto o livro, recorrendo extensamente a *Der Funktionswandel des Gesetzes im Recht der bürgerliche Gesellschaft* (A mudança de função da lei no direito da sociedade burguesa), artigo de 1937 que reúne parte dos resultados da tese de doutorado. Apontaremos oportunamente as semelhanças e as diferenças entre os dois textos.

Cabe uma explicação suplementar. *Behemoth*, o mais lido e citado livro de Franz Neumann, publicado em 1942, não será central para nossa análise. Recorreremos a ele durante a exposição da situação histórica da República de Weimar e em momentos específicos, quando suas formulações ajudarem a esclarecer passagens de *O Império do direito* de *Der Funktionswandel des Gesetzes*.... Adotaremos este procedimento pelas razões a seguir expostas.

*Behemoth* é uma análise do “Estado” nazista e não um livro sobre o “direito” que caracterizava este regime.<sup>2</sup> Sua preocupação maior é descrever detalhadamente a organização burocrática alemã para demonstrar que seu modo de funcionamento não era característico de um Estado de Direito no modelo liberal. A descrição do “direito” nazista que encontramos no livro é a reformulação dos resultados dos trabalhos de 1936 e 1937, sem o mesmo grau de detalhamento e sem o mesmo desenvolvimento, mas às vezes com uma concisão e precisão que ajudam a esclarecer os textos anteriores.

Pela leitura conjunta destes textos, mais a referência pontual a *Types of natural law*, artigo de 1940 que expõe os resultados da segunda parte de *O Império do direito*, demonstraremos o caráter emancipatório do direito burguês no contexto do capitalismo monopolista segundo Franz Neumann. O momento crucial desta demonstração está em *O Império do direito*: o enfrentamento do problema da racionalidade do direito em debate aberto com Max Weber e Hans Kelsen. Em páginas de alta densidade teórica, Neumann vê o direito num registro que poderíamos classificar de *procedimental* e laicizado: deve-se estudar o direito reconstruindo as instituições realmente existentes, afirma o autor.

---

<sup>2</sup> Ao longo do texto, veremos que Neumann afirmou não haver nem direito nem Estado na Alemanha nazista.

Trata-se de refutar com veemência qualquer concepção jusnaturalista do direito que procure no transcendente os critérios de sua inteligibilidade. O reexame do problema da aplicação e da criação das normas jurídicas feito desta perspectiva fornece a Neumann subsídios importantes para pensar a função do direito na reprodução de sociedade, dos atos de aplicação na reprodução do direito, e do Poder Judiciário e demais órgãos de Estado no funcionamento da sociedade.

A inexistência de análises mais detalhadas de *O Império do direito* e mesmo do artigo *Der Funktionswandel des Gesetzes...*, lido apenas em função de sua crítica à materialização do direito, talvez se explique pela natureza dos problemas tratados por Neumann, hoje abordados por disciplinas especializadas como direito, filosofia e ciências sociais. Ler Neumann nos dias atuais, sem qualquer referência temporal, poderia levar alguém a classificá-lo como um estudioso interdisciplinar. No entanto, algumas das disciplinas que poderiam ser citadas como parte de seu empreendimento analítico, por exemplo, a sociologia, ainda estavam em vias de se consolidar no momento em que o livro foi escrito (FERNANDES, 2004: 110 e ss).

Talvez a maior razão para a falta de atenção que se dedica a *O Império do direito* tenha sido o tratamento que o próprio autor conferiu a ele. Neumann publicou seus dois artigos, *Types of natural law* e *Der Funktionswandel des Gesetzes...*, em que afirma resumir os argumentos de *O Império do direito*. Não satisfeito, manteve a tese inédita, impedindo que os leitores decidissem por si mesmos a respeito da importância do trabalho. Tão-somente após sua publicação integral foi possível perceber que toda a sua estrutura havia se perdido nos artigos, além da discussão com Weber e Kelsen e sua ligação explícita com a tradição marxista. Diga-se que a “limpeza” das referências a Marx e ao marxismo foi um procedimento comum a todos os membros do Instituto de Pesquisas Sociais que se dirigiram para os EUA. Tratava-se de uma questão de sobrevivência num país dominado pelo macarthismo.

Feitas estas explicações preliminares, voltemos a falar do conteúdo do livro. A questão subjacente a este trabalho é: o que permite a Neumann afirmar, contra certas obras de Marx e vários escritos marxistas (v. ABENSOUR, 1998; ATIENZA, 1986; DRAPER, 1977; LÖWYY, 2002; WOOD, 2003), que o direito pode deixar de ser mera ideologia de classe e constituir-se em condição necessária para a emancipação? Esta posição ousada, ainda mais para a época, tem como antecedentes imediatos Leonard Bernstein, Karl Kautsky, além dos



austro-marxistas, especialmente Rodolf Hilferding e Karl Renner, todos classificados, muito comodamente, como socialdemocratas.

De fato, estes autores têm muito em comum. Pode-se afirmar, *grosso modo*, que todos partilham da opinião de que a abolição do Estado não é condição necessária para a revolução socialista, embora justifiquem esta mesma posição com argumentos muito diferentes, alguns deles abandonando claramente qualquer pretensão revolucionária (ATIENZA, 1983:8; MARRAMAO, 1985; SMALDONE, 2000). Evidentemente, a demonstração destas afirmações demandaria um exame detalhado dos escritos de cada um deles, tarefa que foge de nossos propósitos. No entanto, cabe dizer que este exame é essencial para que não se confunda a derrota histórica da socialdemocracia com a contribuição teórica destes autores.

Por esta razão, antes de prosseguir, um esclarecimento: *O Império do direito* afasta-se muito radicalmente da discussão de textos voltados para estratégias de ação imediatas. Não encontramos no livro, por exemplo, qualquer menção à controvérsia relativa à socialdemocracia na Alemanha e aos textos centrais para o debate. Trata-se de uma obra de teoria que escolhe seus interlocutores dentre aqueles capazes de atingir alta densidade conceitual. Por exemplo: Hilferding, protagonista da queda da República de Weimar, da qual foi ministro de Estado, além de autor de diversos textos militantes, aparece no livro representado por *O capital financeiro*, sua obra capital. Toda a sua produção de polemista e dirigente socialista é deixada de lado. Do mesmo modo, Karl Renner, outro dirigente socialdemocrata, aparece com suas *Instituições de direito privado* e não com seus textos políticos.

Estas escolhas bibliográficas dão o que pensar. O recorte privilegiado por Neumann faz crer que a tarefa inicial de qualquer interessado em dar conta da mal contada história da relação entre direito e socialismo é adotar uma posição clara sobre o grau de abstração em que deseja discutir. *O Império do direito* figura a “história propriamente dita com um processo diacrônico” pela análise da formação e do funcionamento do sistema capitalista, reconstruído a partir de seu devir, do ponto de vista dos conceitos (GIANNOTTI, 1966: 194). Não se trata de uma análise de conjuntura com vistas à ação imediata. Portanto, o livro deve ser lido e cotejado com textos que pretenderam realizar tarefas semelhantes, sob pena de anacronismo.

Por esta razão, nossa preocupação será a travessão conceitual de *O Império do direito*. Deixaremos em segundo plano os elementos de análise de conjuntura presentes no

livro, abordados por Neumann em função de sua construção conceitual. Sirva de contraprova a intenção de Neumann de escrever uma história social da República de Weimar, nunca levada adiante (SÖLLNER, 1982), na qual, certamente, a análise dos acontecimentos históricos ganharia o centro. Além disso, em *Behemoth*, livro escrito por Neumann em 1942, há claramente uma inversão de perspectivas: a análise conceitual fica em segundo plano e a descrição das estruturas e processos sociais, no centro (NEUMANN, 1966).

Enfim, nosso principal objetivo é mostrar como Franz Neumann compreende a relação entre direito e socialismo e pensa o primeiro como mediação necessária para emancipação humana. Tal resultado crítico é obtido em *O Império do direito* pela crítica reconstrução do conceito de materialização do direito de Max Weber. Neumann mostra como Weber não percebera o potencial emancipatório do direito materializado dos países de tradição romano-germânica, ressaltando apenas suas tendências irracionalistas. A partir do diagnóstico do capitalismo de Rudolf Hilferding, Neumann demonstra que, com a materialização, o direito pode ser colocado a serviço da vontade dos cidadãos e da superação da propriedade privada dos meios de produção, sem a necessidade de destruir a racionalidade jurídica. Veremos que esta, em vez de funcionar sob o modelo de normas gerais de comportamento, passa a ser dominada por normas de competência que demandam a criação de procedimentos decisórios, vinculantes da conduta dos cidadãos e do soberano.

\* \* \*

Esta tese está dividida em três capítulos. O primeiro analisa os textos anteriores a *O Império do direito*; o segundo é dedicado a esta obra e aos escritos ligados a ela; e o terceiro, à consolidação e desdobramento de alguns resultados críticos obtidos por Franz Neumann.

Os textos escritos por Neumann durante a República de Weimar, analisados no primeiro capítulo, revelam sua preocupação em explorar o espaço destinado à aplicação das normas jurídicas para construir e reivindicar interpretações favoráveis ao interesse do proletariado. São textos militantes cujo objetivo é efetivar o capítulo dos direitos sociais da Constituição de Weimar. A entrada da classe operária no parlamento e a conquista de leis sociais abriram um espaço para a luta pelo socialismo no interior do ordenamento jurídico. Neumann mostra que os magistrados frustravam a aplicação das normas constitucionais ao adotarem interpretações conservadoras, algumas, supostamente, contra o texto da lei.

Diante deste fato, Neumann escreve para evidenciar a presença de um espaço de indeterminação na aplicação e, ao mesmo tempo, para ocupá-lo. Ao construir interpretações de inspiração socialista e criticar aquelas que o Poder Judiciário então adotava, ele evidencia que o momento da aplicação é essencial para a efetivação da Constituição. Ao mesmo tempo, apresenta interpretações que se pretendem exemplares e capazes de influenciar os operadores do direito, inclusive as autoridades responsáveis pelos atos de aplicação.

Nos textos escritos durante Weimar, o direito é instrumento para a realização dos interesses do proletariado. Há apenas a afirmação da importância instrumental deste espaço de luta. Pode-se dizer que, nesse momento, Neumann não tem uma teoria à altura de sua práxis. Afinal, o que justifica sua opção pela luta no interior do ordenamento jurídico? Por que não apostar em uma instância de luta exterior ao direito se uma avaliação estratégica apontar que os interesses dos trabalhadores seriam melhor atendidos com a destruição do Estado de Direito?

Durante Weimar, Neumann pensa o direito apenas instrumentalmente sem destoar do marxismo vulgar, exceto quanto à sua insistência em apontar para o espaço de indeterminação na aplicação das normas como esfera relevante para a luta social. No entanto, esta aposta não está fundada em um diagnóstico de tempo e uma análise do direito sob o capitalismo que sustente a decisão de agir por meio das instituições.

*O Império do direito*, objeto do segundo capítulo desta tese, dedica-se a demonstrar porque o direito liberal é mediação necessária para a construção do socialismo. Neumann afirmará a transcendência deste direito em relação a si mesmo, num movimento teórico radical e de extrema ousadia para seu tempo. Lembremos que o texto do livro foi defendido como tese no auge da descrença no Estado de Direito e suas instituições, durante o processo de consolidação do nazismo e às portas da Segunda Guerra Mundial. Veremos como a supressão do Estado de Direito na Alemanha foi fundamental para que Neumann percebesse o valor imanente ao direito liberal e pudesse sustentar a necessidade de apostar nas instituições em nome do socialismo. A coruja de minerva só se levanta ao anoitecer: a supressão do Estado de Direito traz à luz seu conceito na forma da crítica e defesa do império do direito.

Em um diálogo estreito com a *Sociologia do direito* de Weber, Neumann mostrará que a materialização do direito instaura uma tendência emancipatória e outra regressista, que aponta para a destruição da racionalidade jurídica. A tendência emancipatória que Weber não

identificara surge com a entrada do proletariado no parlamento e se viabiliza com a racionalidade procedimental do direito liberal materializado. Este fato, crucial para a análise de nosso autor, cria a possibilidade real de que as forças sociais possam vir a regular os rumos da sociedade, inclusive os da economia, pelo controle do processo eleitoral e pela criação de normas jurídicas.

É importante ressaltar que esta análise tem como pressuposto a existência de uma esfera de liberdade independente em relação à soberania. Para Neumann, a *rule of law* é uma forma de regulação inclusiva, sempre aberta a novas demandas sociais. É esta abertura essencial, característica do Estado de Direito, que faz com que o direito liberal aponte para além de si mesmo. Afinal, as demandas sociais podem assumir formas diversas e, no limite, pode-se obter o controle social da economia via direito, como ficava claro no entreguerras com os primeiros passos do Estado de Bem-Estar Social alemão.

No entanto, esta abertura da forma direito não poderia funcionar como mediação para a luta socialista, se o diagnóstico da perda de racionalidade do direito de Max Weber estivesse correto. Como veremos neste ponto da exposição, Neumann identifica o desenvolvimento de uma racionalidade procedimental no direito romano-germânico de sua época. Esta racionalidade nasceu da disseminação no ordenamento jurídico de normas de competência ou, na sua linguagem, normas adjetivas. Tal mudança no padrão de funcionamento do direito garante sua capacidade de atender às necessidades de regulação de uma sociedade complexa em que a formalização de comportamento em padrões de conduta torna-se cada vez mais difícil.

Em suma, o segundo capítulo desta tese mostrará como o direito liberal torna-se capaz de manter sua racionalidade numa sociedade complexa e, além disso, como ele aponta para além de si mesmo. O nascimento de um direito procedimental no momento em que a classe operária entra no parlamento instaura a possibilidade de controlar os meios de produção por meio do direito, ou seja, de construir o socialismo com a mediação do direito liberal.

A importância que Neumann confere às normas adjetivas e, portanto, ao desenvolvimento de procedimentos decisórios permite partir de sua teoria para enfrentar temas do debate jurídico contemporâneo. Em pelo menos três pontos, como veremos em detalhe no último capítulo desta tese, ela pode trazer contribuições relevantes para o debate atual.

Antecipando a exposição, mostraremos, em primeiro lugar, como a aposta de Neumann no império do direito, como forma de sociabilidade e mediação necessária para a emancipação humana, permite divisar os limites do direito como instrumento de regulação do mundo contemporâneo e o conseqüente encurtamento dos horizontes para a emancipação. A privatização do poder de qualificar juridicamente os fatos, ou seja, a perda de controle coletivo sobre a ação de certos agentes privados, especialmente os econômicos, vai de par com o enfraquecimento do Estado soberano e com a destruição da legitimidade de instâncias de regulação coletiva. O exemplo crucial deste processo é a deslegitimação do Estado de Bem-Estar Social e a situação do direito do trabalho, atual anátema entre os ramos do direito.

Para Neumann, a emancipação humana inclui a possibilidade de controlar democraticamente o destino da sociedade. O direito torna-se central para a reprodução social e para a luta socialista quando institucionaliza procedimentos públicos e controláveis para a tomada de decisões que afetam a sociedade como um todo. É claro que o direito não recobrirá completamente a sociedade: sempre haverá esferas de autonomia. Trata-se, portanto, de uma questão de medida. No entanto, parece evidente que, diante da ausência de qualquer forma de controle sobre as transações econômicas que atingem a sociedade para além das partes contratantes, pode-se dizer que estaríamos diante de um não-Estado de Direito.

Em segundo lugar, Neumann traz luz sobre o problema da aplicação do direito. Caracteriza o ato de aplicação como dotado de uma indeterminação essencial e, conseqüentemente, afirma a necessidade de controle sobre o poder jurisdicional pela pesquisa jurídica. É preciso descrever a conduta do aplicador e cobrar-lhe racionalidade. Constatada a arbitrariedade na decisão de certo tipo de conflito, cabe defender sua transferência para a competência de um órgão executivo, caracterizado por lidar com conflitos sem a mediação de normas de conduta.

Este ponto é muito importante para a pauta contemporânea do direito ao localizar a pesquisa jurídica como externa ao poder jurisdicional, ou seja, uma formação intelectual que busca influenciar o comportamento dos órgãos decisórios sem confundir-se com eles. Além disso, podem-se ver aqui a relevância e os limites de teorias da argumentação jurídica que buscam sancionar a racionalidade da argumentação jurisdicional em apartado do funcionamento das instituições. Segundo Neumann, o fato institucional é o centro da construção teórica, afastadas posições que pensem o fenômeno decisório descolado destas estruturas.

O terceiro capítulo toma esses resultados críticos, obtidos no capítulo 2, e os desdobra em análises da racionalidade procedimental e das funções legislativa, administrativa e jurisdicional, com vistas à proposta de uma certa maneira de fazer teoria crítica do direito. Trata-se de afirmar a necessidade de construir alternativas institucionais para a regulação de diversos fatos sociais a partir da reconstrução e crítica das instituições existentes. A tarefa de pesquisar empiricamente o direito e reconstruir pesquisas realizadas a partir de outros pontos de vista ocupa o centro das preocupações do teórico crítico. Esse é o material que alimentará a criação de projetos emancipatórios.

Ademais, o capítulo argumenta que, para dar conta do direito contemporâneo, é preciso dar conta da dogmática e de outras construções conceituais que presidem o funcionamento dos órgãos de aplicação das normas. Descrever esses mecanismos e propor alternativas para aumentar o controle social sobre a regulação é posicionar-se no embate entre projetos de juridificação que pregam a auto-regulação e a heterorregulação dos fatos sociais.

Finalmente, a conclusão discute algumas questões contemporâneas relacionadas a estes projetos de juridificação, tomadas a partir de teorias sobre o estado de exceção, democracia participativa, empoderamento (*empowerment*) e governança (*governance*). Trata-se de mostrar como essas teorias figuram o processo de privatização do poder de qualificar juridicamente os fatos sociais e tentar delinear uma alternativa emancipatória para este processo. A perspectiva teórica adotada por Neumann exige que pensemos um projeto de juridificação que leve em conta a regulação dos diversos setores da sociedade. Não basta afirmar em abstrato o potencial emancipatório do direito ou desenhar princípios de justiça em abstrato. É preciso descrever e analisar as instituições existentes para pensar a regulação em função de cada objeto regulado, com o fim de ampliar o controle social sobre os rumos do mercado, da sociedade e do Estado.

## 1.1 Introdução

Os textos de Franz Neumann que examinaremos neste capítulo, todos escritos durante a República de Weimar, tratam principalmente de duas questões. De um lado, o conservadorismo da magistratura alemã que se recusava a dar efetividade à Constituição de Weimar. De outro, as consequências institucionais deste modo de proceder, que colocava em risco o funcionamento da República.

São textos eminentemente militantes. Neumann não está preocupado em investigar a maneira pela qual a magistratura alemã era formada e recrutada, tampouco com as forças sociais que sustentavam tal estado de coisas (FRAENKEL, 1931; MÜLLER, 1991). Também não encontraremos neles uma análise da dinâmica das forças sociais com o objetivo de identificar seu interesse em efetivar a Constituição, nomeadamente uma análise do proletariado, classe favorecida pelas normas da segunda parte da Constituição. Como veremos, nesse momento histórico, Neumann vê a si mesmo como jurista, agente na luta pela Constituição de Weimar em defesa dos interesses do proletariado e produz textos conforme esta posição intelectual. O direito é tomado por ele como instrumento para a realização dos interesses desta classe.

Como poderemos observar, ao refutar o diagnóstico de Otto Kirchheimer sobre o futuro da Constituição de Weimar (KIRCHHEIMER, 1930), Neumann explicita sua auto-imagem de jurista. Cabe a este intelectual reconstruir a racionalidade do direito para propor interpretações exemplares das normas jurídicas que favoreçam os interesses dos trabalhadores. O ordenamento jurídico é composto de normas aparentemente contraditórias e, portanto, cabe ao jurista dar-lhes sistematicidade para facilitar e influenciar os diversos atos de aplicação protagonizados pelos órgãos competentes para tanto (NEUMANN, 1930:122). O espaço de aplicação das normas é mediação necessária para que os interesses do proletariado em efetivar a Constituição se realizassem. O jurista tem papel central nesse processo por ser capaz de influenciar os operadores do direito, ou seja, os atores responsáveis por aplicar as leis.

O pressuposto deste modo de pensar é a existência de um espaço de indeterminação na aplicação das normas. A solução de casos concretos a partir de normas gerais não se resolve exclusivamente com o texto das mesmas, ou seja, a aplicação das normas não se resume à atividade hermenêutica. Por isso, Neumann reconhece que é possível haver interpretações várias das mesmas normas, progressistas e conservadoras. Fará notar que os juristas progressistas, à exceção de Hermann Heller, não se preocuparam em produzir comentários progressistas da Constituição, por isso podem ser considerados culpados pela falta de efetividade deste diploma legal. Durante Weimar, Franz Neumann escreve para mostrar que existe um espaço de indeterminação na aplicação das normas jurídicas e para ocupá-lo com interpretações favoráveis aos interesses dos trabalhadores.

Além do trabalho de construir interpretações exemplares de matriz socialista, os textos que examinaremos revelam a preocupação de Neumann com a conduta do poder judiciário alemão. O problema não será apenas o conservadorismo deste poder, já apontado por Max Weber e ressaltado em vários momentos por nosso autor, mas o fato de que os juízes desrespeitavam o texto da lei para evitar que a Constituição de Weimar fosse efetivada. Para Neumann, esta conduta resultou na confusão entre administração e jurisdição, colocando em perigo o funcionamento da República.

Apesar de identificar este problema, Neumann não busca uma solução para ele, ou seja, não reflete teoricamente sobre o espaço de indeterminação das normas jurídicas. Seu ataque ao Poder Judiciário alemão não é acompanhado de uma análise da indeterminação do direito em si mesma, mas serve de justificativa para a defesa de interpretações favoráveis aos trabalhadores. Neste ponto, como veremos, ficarão claros os limites críticos dos textos que examinaremos neste capítulo. A advertência de Neumann sobre os riscos da confusão entre administração e jurisdição e sua defesa das interpretações “progressistas” das normas jurídicas não transcendem uma visão instrumental do direito. A reflexão sobre a racionalidade do direito só irá aparecer em *O Império do direito*. Nos textos de Weimar, o risco da perda de especificidade da racionalidade jurídica liga-se apenas à possibilidade de interpretar a lei em favor do proletariado. Não se trata de mostrar como o Estado de Direito tem valor em si mesmo e a confusão entre administração e jurisdição coloca em risco a liberdade dos atores sociais de construir e reivindicar suas demandas.

*O Império do direito* marca uma mudança de ponto de vista. O livro ilumina o potencial emancipatório da racionalidade jurídica tornada inteligível pela destruição do direito



pelo nazismo. Não se tratará agora de construir interpretações progressistas do direito positivo, mas, em primeiro lugar, de construir uma teoria que mostre a centralidade do Estado de Direito para a construção do socialismo e fundar uma práxis revolucionária interna às instituições. Mas não adiantemos a análise.

Os textos de Franz Neumann serão examinados aqui em conjunto com trabalhos de Ernst Fraenkel e Otto Kahn-Freund, ambos estudiosos do direito de trabalho e influenciados, como Neumann, por Hugo Sinzheimer, fundador desta disciplina na Alemanha. Veremos que os textos destes três autores tocam num mesmo conjunto de questões e argumentos. Há citações cruzadas que explicitam diversas preocupações comuns e debates implícitos e explícitos. Nosso foco é a teoria de Neumann, portanto deixaremos de traçar a filiação intelectual dos três em relação a Sinzheimer, bem como trataremos de Fraenkel e Kahn-Freund apenas quando fazê-lo ajudar a tornar mais clara a posição do autor que estudamos.

Pela mesma razão, deixaremos de reconstituir os debates ocorridos durante a República de Weimar, especialmente quanto ao papel e ao valor da Constituição, exceto no que diga respeito aos argumentos de Franz Neumann. Neumann não foi figura central do debate, protagonizado por juristas como Hugo Preuß, Gerhard Anschütz, Richard Thoma, Hermann Heller, Hans Kelsen, Carl Schmitt e Rudolf Smend (JACOBSON & SCHLINK, 2000; DYZENHAUS, 1999; CALDWELL, 1997). Mesmo assim, as discussões da época, centradas na segunda parte da Constituição de Weimar, que regulava os direitos econômicos e sociais, aparecem em seus textos por todos os lados. Não é nosso objetivo relacionar os argumentos e contra-argumentos sustentados pelo autor com o debate destes juristas, trabalho ao qual seria necessário dedicar mais tempo e espaço. Em alguns momentos, será fácil identificar o interlocutor de Neumann, mas esta não será nossa preocupação central. Seus textos serão lidos com o de seus interlocutores mais próximos, Fraenkel e Kahn-Freund, sem a preocupação de traçar todas as influências ali presentes.

Para o que nos interessa discutir, é esclarecedor reconstituir um aspecto do debate entre Hans Kelsen e Carl Schmitt. Os dois autores debateram diretamente em textos publicados em 1931, um em resposta ao outro. A discussão sobre a natureza da aplicação das normas jurídicas, um dos problemas tratados por ambos, é particularmente útil para compreender tanto o Franz Neumann de Weimar quanto aquele de *O Império do direito*. Em Weimar, Neumann é o militante das interpretações *pró-trabalhador*. Não encara os problemas postos por Kelsen e Schmitt, limitando-se a cumprir seu papel de ativista. *O Império do*

*direito* será o lugar em que Neumann enfrentará a concepção kelseniana da aplicação das normas jurídicas, movimento que o obrigará a afirmar a racionalidade do direito e seu papel na emancipação humana. A teorização do que está além do texto da norma no processo de solução de casos concretos é o que dará a Neumann argumentos para construir uma teoria da racionalidade jurídica sob o capitalismo monopolista e apostar no direito como mediação necessária para chegar ao socialismo.

Esclareça-se que não é nossa intenção analisar em detalhes o debate entre Kelsen e Schmitt, clássico para o estudo do direito alemão e para qualquer interessado em teoria do direito. Dar conta de sua complexidade e da bibliografia secundária que discute polemicamente seus termos nos desviaria do foco deste trabalho. Nossa exposição será feita em função da exposição do itinerário teórico de Franz Neumann, apenas para explicitar o problema que Neumann deixa de lado em Weimar e enfrenta n' *O Império do direito*.

A reconstituição do debate Kelsen *x* Schmitt ocupará a primeira parte deste capítulo. Em seguida, examinaremos o problema do conservadorismo das cortes alemãs como aparece nos textos de Neumann, Fraenkel e Kahn-Freund, problema que toma o centro de suas preocupações e motiva sua denúncia da perda de especificidade da jurisdição. No item intitulado “Lutar pelo direito e escrever Teoria Crítica”, procuraremos compreender o ponto de vista de Neumann nos textos de Weimar. Para tanto, examinaremos sua visão do papel de um jurista durante a República de Weimar e o significado desta ação para a luta pela efetivação da Constituição. A seguir, mostraremos como *O Império do direito* significa uma mudança de ponto de vista em que Neumann, sem abandonar suas preocupações com o direito, deixa de lado os problemas da Constituição de Weimar e dirige suas investigações para a especificidade do direito e seu potencial emancipatório.

## **1.2 Um episódio no debate constitucional de Weimar**

Carl Schmitt publicou *A defesa da Constituição* – Estudo sobre as diversas espécies e possibilidades de salvaguarda da Constituição (*Der Hüter der Verfassung – Beiträge zum öffentlichen Recht der Gegenwart*) em 1931. A resposta de Kelsen veio logo depois, no mesmo ano: *Quem deve ser o guardião da Constituição?* (*Wer soll der Hüter der Verfassung sein?*). Estes textos compõem um episódio importante do amplo debate que se deu durante os 14 anos de vigência da Constituição de Weimar.

Para nossos objetivos, interessa assinalar que a questão central que preocupava os detratores e defensores da Constituição de Weimar era sua segunda parte, que consagrava, de forma pioneira, uma série de direitos econômicos e sociais.

As constituições elaboradas após o final da Primeira Guerra Mundial têm algumas características comuns, como a declaração, ao lado dos tradicionais direitos individuais, dos chamados direitos sociais, ou direitos de prestação: direitos ligados ao princípio da igualdade material que dependem de prestações diretas ou indiretas do Estado para serem usufruídos pelos cidadãos. Estas novas Constituições consistem em uma tentativa de estabelecer uma democracia social, abrangendo dispositivos sobre a ordem econômica e social, família, educação e cultura, bem como instituindo a função social da propriedade (BERCOVICI, 2004: 26).

A Constituição de Weimar é resultado da revolução de novembro de 1918 que marcou a abdicação do Imperador da Alemanha, o Chanceler Imperial Príncipe Max von Baden e a proclamação da “República Livre da Alemanha” por Philipp Scheidemann, líder social democrata, nas escadas do *Reichstag* em Berlim. O primeiro governo da República foi eleito no Circo Bush dos conselhos de trabalhadores e soldados de Berlim. Foram eleitos seis representantes do povo, sem que nenhuma voz no *Reich* se levantasse para se opor ao processo (ROSENBERG, 1936:1). A despeito disso, a revolução foi marcada pela presença de diversas forças sociais, sem que nenhuma obtivesse a hegemonia. Segundo Detlev Peukert, o processo revolucionário resultou de três movimentos: *a revolução constitucional*, levada adiante pelos políticos democráticos e seus partidos, complementada pela cooperação dos líderes das instituições do trabalho, do capital e do Estado; *os movimentos pela paz e de protesto social*, ação espontânea de trabalhadores e outros, além do movimento socialista conduzido por um grupo misto de políticos de extrema esquerda (PEUKERT, 2001:23).

O movimento vencedor foi o primeiro (PEUKERT, 2001:23-35; KRAIG, 1980: 396-433). O Partido Socialdemocrata, num governo de coalizão com o *Zentrum*, partido católico, e o Partido Democrático Alemão, de centro-esquerda (DUPEUX, 1992:27-39) foram responsáveis por elaborar a Constituição de Weimar. Franz Neumann descreve a movimentação da classe trabalhadora e dos partidos nesta época como a passagem da luta de classes para a colaboração entre as classes:

A luta de classes tinha de se converter em colaboração entre as classes – este foi o objetivo da constituição. Na verdade, a ideologia do Partido Católico de Centro foi se tornar a ideologia de Weimar, e o próprio Partido de Centro, com seus membros que vinham dos mais disparatados grupos – trabalhadores, profissionais, servidores públicos, artesãos, industrialistas e camponeses –, tornou-se o protótipo da nova estrutura política. O compromisso entre os grupos sociais e políticos era a essência da constituição. Interesses antagônicos se harmonizaram devido ao plano de uma estrutura política pluralista, oculta por detrás da forma da democracia parlamentar. (NEUMANN, 1963:10).

Uma questão particularmente sensível nesse processo era o papel a ser atribuído aos conselhos de trabalhadores. Sua inclusão na Constituição deu-se após uma série de greves e manifestações de massa. O resultado deste embate foi o impressionante art. 165 da Constituição (NEUMANN, 1966:12; ROSENBERG, 1986:107).

Art. 165.º Os operários e empregados são chamados a colaborar, em pé de igualdade, com os patrões, na regulamentação dos salários e das condições de trabalho, bem como no desenvolvimento das forças produtivas, são reconhecidas a organização das duas categorias e os acordos que celebrem entre si.

Para salvaguarda dos seus interesses sociais e econômicos, os operários e empregados estarão legalmente representados nos conselhos operários de empresas, nos conselhos operários de distrito, consoante as diferentes regiões econômicas, e num conselho operário do Império.

Os conselhos operários de distrito e o conselho operário do Império reúnem-se com os representantes das entidades patronais e dos outros elementos interessados da população em conselhos econômicos de distrito e num conselho econômico do Império a fim de exercerem as suas funções econômicas e colaborarem na execução das leis de socialização. Estes conselhos econômicos deverão ser constituídos com representação de todos os grupos profissionais importantes, em harmonia com a sua relevância econômica e social.

O Governo deve submeter a parecer do conselho econômico do Império os projectos de lei em matéria de princípios de política econômica e social. O conselho econômico pode ter a iniciativa destas leis. Um membro do conselho pode comparecer perante o Parlamento em defesa de projectos de lei assim propostos.

Podem ser delegados nos conselhos operários e econômicos determinadas competências de fiscalização e administração nos domínios que lhe ficam assinalados.

Pertencem exclusivamente ao Império regular a organização e as atribuições dos conselhos operários e econômicos, bem como as suas relações com outros cargos sociais autônomos (MIRANDA,1990:293).

Apesar deste episódio, a atitude geral da Alemanha perante a elaboração da Constituição foi de indiferença. A Constituição de Weimar não foi o resultado glorioso da revolução, muito pelo contrário: sua elaboração não teve significado simbólico relevante. Obscurecida pelos momentos finais da revolução e pela conferência de paz em Versalhes, “o principal documento na história de democracia alemã nunca teve boa divulgação” (PEUKERT, 2001:35). Trata-se de um texto pensado em continuidade com tradição constitucional alemã no contexto de uma política de compromisso. O texto, repleto de inconsistências, foi o resultado nada empolgante da ausência de uma maioria radical. Mas, de outro lado, estas inconsistências também se explicam pelo fato de tratar-se de uma constituição elaborada na era moderna, marcada pelo seguinte problema estrutural:

Como acomodar mutuamente forças sociais antagônicas, grupos de interesses específicos organizados, ideologias políticas em competição e um conjunto de valores. Entre as duas possíveis maneiras de lidar com esse problema – confinando a constituição a um conjunto de estatutos puramente estruturais e administrativos, ou tornando-a um repositório de prescrições em competição, um acordo declaradamente pluralista – os pais fundadores de Weimar escolheram a segunda, mais arriscada, opção. A constituição estabelece uma porção de provisões cuja definição e substância é determinada somente por meio da ação política e da legislação subseqüentes. (PEUKERT, 2001:35).

De qualquer forma, é consenso entre os estudiosos do período que a República sempre sofreu de falta de legitimidade. Nasceu de um compromisso instável que não se estabilizou. A tentativa de harmonizar os interesses das classes e grupos sociais que a Constituição representou não resistiu ao curso dos acontecimentos. Alguns estudiosos avaliam que a Weimar teria nascido com sua sentença de morte decretada em razão de seus problemas econômicos (BORCHARDT, 1982; BESSEL,1990, JAMES:1990). Em confronto a essa visão unilateral, Neumann, em *Behemoth*, ressalta o papel do direito e da política na queda da República, renunciando análises contemporâneas que contestam o determinismo econômico dos analistas influenciados por BORCHARDT (HOLTFRERICH, 1990). Mas, enfim, fica claro que o sistema político não conseguiu estabilizar a aliança temporária entre as forças conservadoras e as forças democráticas (NEUMANN, 1966:39). De 1919 a 1923 sucederam-se dez diferentes

governos de coalizão. O breve período de estabilidade, que durou de 1924 a 1929, foi cenário do crescimento do partido nacional-socialista que se tornaria a maior força do parlamento em 1932.

Nos bastidores deste processo, estava o Poder Judiciário. Na avaliação de Neumann, os juízes foram os líderes da contra-revolução desde o primeiro minuto de vigência da Constituição de Weimar (NEUMANN, 1966:20), adotando interpretações as mais conservadoras para frustrar a efetivação de sua segunda parte. Os textos de Neumann que passaremos a examinar devem ser localizados neste contexto. São uma tentativa de construir práticas capazes de dar substância às provisões da Constituição, por meio de interpretações progressistas de suas normas. Subjaz a eles uma determinada visão da natureza da interpretação das normas jurídicas, como veremos adiante.

Os textos de Schmitt e Kelsen foram escritos nos momentos finais da crise da República de Weimar. Em ambos o que está em jogo é a discussão do papel do Presidente do *Reich* diante da Constituição. O momento histórico era marcado pela ação “duvidosamente constitucional” do Chanceler Brüning que utilizou o decreto de emergência para aprovar sua proposta orçamentária sob o beneplácito do Presidente do *Reich* e, logo depois, dissolveu o Parlamento e convocou novas eleições (CRAIG, 1980:539, PEUKERT, 2001:259-260). O decreto de emergência estava previsto no art. 48.º da Constituição de Weimar.

Art. 48.º No caso de um Estado não cumprir os deveres que lhes são prescritos pela Constituição e pelas leis do Império, compete ao Presidente decretar a intervenção, ainda que com o auxílio da força armada.

No caso de perturbação ou ameaças graves à segurança e ordem pública no Império, compete ao Presidente decretar as medidas necessárias ao restabelecimento da ordem e da segurança, mesmo com o recurso à força armada. Para este fim, pode suspender, total ou parcialmente, os direitos fundamentais dos artigos 114.º, 115.º, 117.º, 118.º, 123.º, 124.º e 153.º.

Estas medidas devem ser levadas pelo Presidente imediatamente ao conhecimento do Parlamento, o qual pode exigir um relatório circunstanciado acerca delas (MIRANDA, 1990:277).

Como se vê pelo texto da Constituição, a utilização ampla dos decretos de emergência não podia dispensar o apoio do parlamento. Se os decretos não obtivessem maioria, o presidente poderia dissolver o *Reichstag* (KERSHAW, 1998:324). Para o que nos

interessa discutir, é importante notar que os decretos de emergência foram o instrumento usado pelos nazistas para destruir a ordem constitucional de Weimar. Citando as memórias de Arnold Brecht, conselheiro jurídico do Reich e professor de Direito e Teoria Política, Gordon Craig afirma:

Não é necessário dizer que a proposta de Brüning era honrável, mas ao implementá-la ele abriu a primeira brecha significativa – e, nesse sentido, irreparável – na constituição de Weimar e mostrou o caminho para os homens mais cruéis que logo o excluíam e completariam a destruição do governo democrático na Alemanha (CRAIG, 1980:540).

Dois anos depois, os decretos de emergência serão utilizados por Adolf Hitler para edificar um Estado total:

Antes do meio-dia Hitler levou um Presidente abalado, que foi persuadido de que uma revolução comunista era iminente, a assinar o mais fatal de todos os decretos de emergência que levaram seu nome. Este decreto suspendeu todos os direitos básicos dos cidadãos pelo período de emergência, autorizou o governo do Reich a assumir plenos poderes no Estado federal cujo governo se mostrava incapaz ou relutante para restaurar a ordem pública e a segurança quando a situação a exigisse, e ordenou a morte ou a prisão para uma série de crimes, alguns dos quais acabavam de ser inventados, incluindo traição, assalto contra membros do governo, incêndio a prédios públicos, incitação à desordem, e resistência contra as determinações do decreto (CRAIG, 1980:574).

Arnold Brecht, novamente citado por Craig, afirma que, a partir deste momento:

A polícia poderia prender [...] as pessoas e estender indefinidamente o tempo de detenção. Eles poderiam deixar os parentes completamente desinformados em relação às condições e ao destino do prisioneiro. Eles poderiam evitar que algum advogado ou qualquer outra pessoa fosse visitá-lo ou procurá-lo nos arquivos. Eles poderiam tratá-lo como quisessem, por exemplo, sobrecarregá-lo com um trabalho que lhe fosse inconveniente, alimentá-lo mal e alojá-lo em condições ruins, forçá-lo a repetir fórmulas ou a cantar músicas que detestava, maltratá-lo com a finalidade de fazê-lo confessar e divulgar nomes e ações de outras pessoas, e [...] espancá-lo ou fuzilá-lo [...] Eles podiam fazer tudo isso, bastando somente a permissão de seus superiores (CRAIG, 1980:575).

Em seis meses Hitler detinha poder total sobre a Alemanha. Dois anos antes, Schmitt já fornecia argumentos jurídicos para fundamentar o processo de destruição do Estado de Direito que se iniciará em 1933. Seus argumentos não eram oportunistas. As medidas de exceção são tema central em sua obra. Schmitt se dedicara ao problema já em *A ditadura (Die Diktatur)* de 1921 e *Teologia política (Politik Theology)* do ano seguinte, voltando a tratar dele em todos os seus escritos até *O guardião da Constituição* (MCCORMICK, 1998:223).

Para o aspecto que nos interessa discutir, o pressuposto sobre o qual Schmitt sustenta suas afirmações é sua crítica mais geral à inútil pretensão da teoria liberal do Estado de Direito de submeter completamente a realidade à disciplina de normas gerais (FERREIRA, 2004:129 e ss). Evidentemente, a questão do controle de constitucionalidade e da governabilidade de sociedades pluralistas tem outras faces, como a capacidade do parlamento de responder às demandas de uma sociedade complexa e dinâmica, ainda mais imersa numa crise política (MCCORMICK, 1998). No entanto, em *O guardião da Constituição*, este problema vem atrelado a uma visão da aplicação das normas gerais altamente problemática, até mesmo diante de escritos anteriores. Voltemos ao texto.

Carl Schmitt afirma que, caso a ordem constitucional estivesse em risco, o Presidente do *Reich* poderia suspender a Constituição para restabelecê-la. Seu objetivo era dar legitimidade a um processo de centralização de poder capaz de colocar fim aos conflitos que ocorriam na época (SCHEUERMANN, 1999:87). Kelsen opunha-se a esta interpretação autoritária, defendendo que o guardião da Constituição deveria ser o Poder Judiciário.

Carl Schmitt desqualifica o controle judicial da constitucionalidade das leis. Esta não seria uma atividade jurídica, diz Schmitt, mas essencialmente política. Toda sentença judicial implica a subsunção de um caso particular a uma norma geral. Ora, se a sentença judicial encerrar algum elemento de decisão autônomo, não contido no texto da norma jurídica a ser aplicada, ela estará exorbitando os limites da função jurisdicional. Em decisões sobre a inconstitucionalidade das leis, em que está em jogo a vontade do povo, expressa por meio de seus representantes, salta aos olhos de que se trata de uma decisão de caráter político. Apenas um “Estado judicialista”, ou seja, um Estado que submeta a vida política da nação ao controle dos tribunais, atribuiria ao Poder Judiciário a função de controlar a constitucionalidade das leis (SCHMITT, 1983:44-47). Quem deve exercer esta função é o Presidente do *Reich*, dotado de “legitimidade plebiscitária” por ter sido eleito diretamente pelo povo, fazendo uso dos poderes atribuídos a ele pelo art. 48 da Constituição.



Como veremos adiante, a caracterização da aplicação das normas gerais por Schmitt é muito problemática. Mas, antes de prosseguir, uma observação lateral: é importante entender a função do Presidente do *Reich* no sistema constitucional de Weimar para compreender a extensão do que Schmitt está afirmando. A Constituição criava um sistema complexo em que o Chanceler do *Reich*, chefe do governo, era indicado e podia ser destituído pelo Presidente do *Reich*, eleito por voto direto e, além disso, precisava da confiança do parlamento. O Presidente era dotado de um poder independente do parlamento e do governo, nascido de sua eleição pelo povo. Sua função era atuar como um contrapeso em relação ao *Reichstag*, eleito também por votação popular, e ao governo, apoiado pela maioria do *Reichstag*. O resultado era que o Chanceler devia contar com o apoio tanto do Presidente quanto do Parlamento. Na falta deste apoio, ambos poderiam fazer valer seu poder para destituí-lo (LOWENSTEIN, 1964:112).

Retomando o fio da meada, pode-se dizer que a resposta de Kelsen a Schmitt procura afastar sua solução autoritária para a crise de Weimar, mas deixemos de lado este aspecto do problema. Refletir sobre as circunstâncias da crise e possíveis desfechos alternativos é uma tarefa impossível para os limites deste trabalho. Os argumentos de Kelsen que nos interessam são aqueles que refutam a concepção da aplicação das normas como mera subsunção e, desta forma, recusam a desqualificação do Poder Judiciário como competente para controlar a constitucionalidade das leis. A resposta de Kelsen a Schmitt é interessante não apenas pelo teor de seus argumentos, mas também pelo tom em que é apresentada.

Kelsen começa sua resposta com a afirmação: não existe contradição entre a função jurisdicional e a função “política” na aplicação das normas como quer Schmitt. Toda decisão jurisdicional, mesmo aquelas que aparentam ser meras “subsunções”, contém um elemento de decisão, ou seja, um elemento de exercício de poder. Sempre há um espaço de indeterminação para a decisão judicial; maior ou menor, conforme o texto da norma produzida pelo Poder Legislativo: o juiz não é um autômato como queria Montesquieu. Normas que contenham termos muito abstratos ou uma terminologia difusa aumentam o espaço de indeterminação para a ação dos juízes, mas este espaço está sempre presente (KELSEN, 1995:18-19, 33).

Kelsen espanta-se muito com a afirmação de que a função jurisdicional deva estar ligada apenas àquelas normas que requerem subsunção (KELSEN, 1995:21). Para Schmitt, diante de normas duvidosas ou discutíveis em seu conteúdo, a jurisdição deveria cessar sua ação, limitando-se a realizar raciocínios de subsunção e evitando atos políticos. Kelsen

discorda. Afirmar ser trivial constatar que tanto tribunais comuns quanto tribunais constitucionais se deparam com espaços discricionários na aplicação das normas jurídicas (KELSEN, 1995:23). Kelsen não compreende como Schmitt teria sido capaz de se opor à tamanha obviedade. A única explicação que encontra é ligar estas “assombrosas” afirmações de Schmitt a seu interesse estratégico de retirar a competência para julgar a constitucionalidade das leis de um corpo de juízes independentes e atribuí-las ao Presidente do *Reich* (KELSEN, 1995:29).

Em suma, Kelsen afirma que Schmitt disse rematadas bobagens científicas em função de seu interesse político em defender, conjunturalmente, um determinado modelo de controle de constitucionalidade. Como disse Stanley Paulson, um importante estudioso da obra de Hans Kelsen, comentando este mesmo debate: “Por que alguém tão astuto no direito quanto Schmitt procurou defender o indefensável?” (PAULSON, 2005:536).

Esta sensação de espanto poderia ser apenas uma estratégia argumentativa de Kelsen, mas as evidências conspiram contra esta conclusão. Afinal, em *Lei e julgamento*, texto de 1912, Carl Schmitt ridicularizava a teoria da subsunção, classificando-a como “ficção infantil” (SCHMITT, 1969). Em trabalhos posteriores, a indeterminação das leis sempre esteve presente em seus textos (SCHEUERMANN, 1999), mas nunca no “assombroso” sentido de *O guardião da Constituição*.

Fique claro que Kelsen não menospreza a importância da discussão sobre os limites da jurisdição. Lidar com a indeterminação das normas jurídicas é um problema real, comum a todas as jurisdições (KELSEN, 1995:33-34). Adiante no texto, Kelsen dirá que um processo judicial que adote a forma contenciosa, em que há partes e debates diante de um juiz, revela-se adequado para lidar com a indeterminação das normas. Afinal, esta forma de proceder coloca os interesses envolvidos no julgamento do litígio diante da autoridade competente por decidi-lo e permite que ela exerça sua atividade, informada de tudo o que está em jogo (KELSEN, 1995:39-40). Para Kelsen, o procedimento contraditório pode ser uma boa solução para a discussão da constitucionalidade das leis, ou seja, deve-se adotar um procedimento judicial que atribua a duas instâncias diferentes o dever de afirmar e negar a constitucionalidade de uma lei (KELSEN, 1995:40).

O texto de Schmitt não resolve o problema da indeterminação das normas, sequer o enfrenta diretamente. Antes, procura neutralizá-lo. Em *O guardião da Constituição* Schmitt

defende a necessidade de fazer desaparecer os conflitos da sociedade pela construção de um “Estado total” que promova a absorção da sociedade pelo Estado (KELSEN, 1995:45). O ponto que nos interessa ressaltar é exatamente este: a relação entre a indeterminação, essencial para a atividade de aplicar as normas jurídicas, e as diversas possibilidades de interpretação. Ao deparar-se com esta indeterminação na aplicação das normas, Carl Schmitt defende sua eliminação. O Poder Judiciário deve lidar apenas com normas aplicáveis por meio de operação lógica da subsunção, deixando as questões políticas para o Poder Executivo.

Procedendo assim, Schmitt faz derivar de um argumento de teoria do direito – há um espaço de indeterminação na aplicação das normas – uma solução institucional que busca neutralizar esta constatação teórica (PAULSON, 1995:258). Kelsen sustenta que residem aí dois problemas; um é a natureza da aplicação das normas gerais e outro, a construção de instituições para aplicação destas normas. O controle de constitucionalidade das leis não pode ser resolvido com argumentos teóricos; é um problema de política jurídica. O legislador negativo não faz política *tout court*, mas política jurídica, ou seja, age dentro do espaço recortado pelas normas e a partir delas. Diante da constatação de que existe um espaço de indeterminação há duas opções: pensar em formas de garantir um máximo de legalidade para o processo de aplicação (Paulson, 1995:258), ou, no caso de Schmitt, defender sua eliminação da face da Terra por mais impossível, inusitado e teoricamente incorreto que isso possa soar.

O projeto de estabelecer o controle da administração pela criação de procedimentos decisórios nasce no direito público austríaco. Esta tradição teórica confronta o pensamento alemão oitocentista, cujo principal representante era Georg Mayer, que via a administração como livre dos entraves jurídicos. Os autores austríacos, ao contrário, pressupunham que a função de administrar era decidir casos concretos de acordo com leis abstratas (SORDI, 1987:198). O principal deles, Friedrich Tezner, aproximava o modelo da administração ao da jurisdição, afirmando a necessidade de criar caminhos conforme o direito para a tomada de decisões, ou seja, de procedimentos decisórios. Estes deveriam incluir uma fase de debates em que a autoridade se confrontasse com as partes interessadas (SORDI, 1987:199). Kelsen e Neumann seguem esta tradição, que defende a necessidade de construir procedimentos para submeter o momento “decisionista”, essencial ao poder, ao princípio da legalidade.

A solução de *Lei e julgamento* para este mesmo problema era muito mais interessante. Schmitt defendia que deveríamos deixar de pensar o problema da indeterminação na relação entre um juiz singular e a norma jurídica singular. O problema só se resolveria do

ponto de vista da comunidade dos juízes, ou seja, do funcionamento global do Poder Judiciário. Considerando o problema sob essa ótica, é possível construir um critério para a correção das decisões de um juiz, mesmo diante de um espaço discricionário. Schmitt propõe o seguinte critério: pode-se dizer que a decisão de um juiz está correta se for possível supor que outro juiz a decidiria da mesma maneira (SCHMITT, 1966:71).

Este texto aponta para a questão que preocupará Neumann nos textos que examinaremos. Nosso autor inscreve sua ação teórica no espaço de indeterminação essencial à atividade de aplicar as normas jurídicas, visando a influenciar a comunidade dos intérpretes por meio de interpretações de inspiração socialista. Em *O Império do direito* Neumann irá centrar suas preocupações em pensar mecanismos institucionais capazes de controlar este espaço de indeterminação. Como veremos, seguirá a inspiração de Kelsen, articulando-a de maneira mais sistemática, em um debate com o conceito de materialização do direito de Max Weber. Sua proposta será compensar a indeterminação das normas com a construção de procedimentos de decisão mais rígidos. Acrescentará a isto mecanismos de observação dos limites da jurisdição, realizado por pesquisas empíricas. Mas não adiantemos a análise.

Kelsen e Neumann identificavam a presença de um espaço de indeterminação para a aplicação das normas com o regime democrático e a supressão da possibilidade de discutir qual é a melhor interpretação com um regime autoritário. Neumann mostrará como a aplicação das normas é uma mediação necessária do processo de efetivação da Constituição. Para ambos, encontrar uma solução para a questão da aplicação não deve significar suprimi-la. Veremos que em *O Império do direito* Neumann terá uma preocupação adicional: a necessidade de encontrar um critério sólido que justifique e sustente a distinção entre jurisdição e administração. Nos textos que examinaremos aqui, este problema aparecerá episodicamente, sem maior densidade teórica. Em *O Império do direito*, Kelsen será criticado por não fornecer um critério adequado para sustentar a distinção. Mas isto é assunto para o capítulo seguinte.

### **1.3 O fascismo das cortes trabalhistas**

Hermann Heller, um dos juristas que protagonizaram o debate constitucional durante a República de Weimar, afirmou em *Democracia ou ditadura*, texto de 1929, que era testemunha do nascimento do ódio burguês à lei. A classe que lutara contra a aristocracia para construir o Estado de direito Agora se voltava contra sua própria obra, ou seja, contra si

mesma, e buscava destruir as instituições que havia criado. Esta afirmação retórica, com fins mais polêmicos do que teóricos, nos interessa pouco. O que importa notar é que Heller atribui esta mudança de atitude da classe burguesa em relação ao Estado de Direito à presença do proletariado no sistema político.

O débil economicamente tenta, por meio da legislação, travar o economicamente mais forte, obrigar-lhe a maiores prestações sociais e até despojá-lo de sua propriedade. Desta forma, a invocação do princípio democrático pelo capitalismo deu lugar a uma situação que ameaça em sua senhoria a burguesia, sua criadora (HELLER, 1929:287).

Segundo Heller, o proletariado não pode ser excluído do sistema político sem que se quebrem suas regras. Por esta razão, a burguesia decide eliminar o perigo que a ameaça pela raiz, ou seja, decide eliminar o Estado de Direito. Heller descreve em detalhes este processo, que inclui o avanço do Poder Judiciário sobre a legislação produzida pelo parlamento. Uma decisão do Tribunal do Reich de 1925 reivindica para si o poder de zelar pela correspondência material das leis com a Constituição (HELLER, 1929:288). Desta maneira, um Poder Judiciário sabidamente composto por representantes das classes dominantes poderia evitar que o avanço do proletariado no parlamento resultasse na transformação do Estado liberal em Estado social (HELLER, 1929:288).

A tendência de avanço do Judiciário sobre a legislação é reafirmada pela apresentação de projeto de lei, cuja finalidade era ampliar o poder do Judiciário para examinar a constitucionalidade das leis, no mesmo sentido da decisão do Tribunal do Reich. Neumann o critica duramente em *Contra uma lei sobre o controle da constitucionalidade das leis do Reich* (*Gegen ein Gesetz über Nachprüfung der Verfassungsmässigkeit von Reichsgesetzen*) de 1929. Heller fala no mesmo sentido em condenação à “vigilância judicial do poder legislativo” que este poder passava a exercer (HELLER, 1929:289).

A degeneração da idéia de Estado de Direito (HELLER, 1929:289) que contava com a participação ativa e entusiasmada do Poder Judiciário está no centro das questões abordadas por Neumann nos textos escritos durante a República de Weimar. O problema não ocupou apenas nosso autor. Ernst Fraenkel, autor citado por Neumann com frequência, afirmava que o comportamento dos juízes diante da lei é a questão central para a política do direito daquele

tempo (FRAENKEL, 1999:348). O próprio Neumann dirá alguns anos mais tarde que esta é a “crux” do sistema liberal (NEUMANN, 1986:224).

No campo do direito do trabalho, ao qual Neumann dedicou a maior parte de seus escritos desta época, a questão é abordada também por Fraenkel e Otto Kahn-Freund, em textos publicados quase que sucessivamente. Todos apontavam para decisões judiciais ou extremamente conservadoras ou claramente contrárias ao texto da Constituição, perguntando-se sobre o sentido político desta conduta do Poder Judiciário. De todos, Neumann era o mais preocupado com as consequências institucionais do processo, como veremos adiante. No entanto, esta preocupação não gerou maiores consequências teóricas. Os textos que escreveu nesta época dedicam-se mais a construir interpretações favoráveis aos trabalhadores do que a discutir a especificidade do direito e seu papel na sociedade.

Apesar de não ter uma teoria que justificasse sua prática de jurista, militante socialista *pró-trabalhador*, Neumann partilhava com os autores citados, especialmente com Fraenkel, a aposta nas possibilidades democráticas da Constituição de Weimar, colocando-se na posição de protagonista no trabalho de influenciar os agentes públicos e a sociedade para sua efetivação. Neumann via nos direitos sociais e econômicos instrumentos de relegitimação do Estado, ou seja, instrumentos de integração dos trabalhadores no sistema político (NEUMANN, 1930, 1931, 1934). Ele chega a afirmar que estava em curso um processo de “estatização da sociedade”, querendo dizer com isso que as forças sociais passavam a tomar assento em órgãos com poder de gerir o Estado, fixando rumos para diversas questões de interesse público (NEUMANN, 1934:313).

Fica em segundo plano aqui o que este processo de “estatização da sociedade” poderia ter de autoritário. Em *O Império do direito*, a separação entre soberania e uma esfera de liberdade em relação à soberania é crucial para sua defesa do direito liberal como mediação necessária para a construção do socialismo. Aqui, este problema não é sequer levantado. Já que o texto das leis pendia em favor dos trabalhadores, tratava-se apenas de lutar para efetivá-las utilizando-se dos meios institucionais. Neste momento, Neumann pressupõe que, ao tomar o aparelho do Estado, o proletariado passa a encarnar os interesses universais, restando superada a necessidade de liberdade para uma ação social reivindicatória independente do aparelho estatal. Estado e sociedade tornam-se um só sob a liderança dos trabalhadores. Nada mais distante do que encontraremos em *O Império do direito*.

Mas retomemos o fio da meada. Este processo de “estatização da sociedade”, compreendido como controle social do Estado, tinha como pressuposto uma mudança na forma de conceber os direitos fundamentais, especialmente o direito de propriedade. Sem relativizar este direito e sujeitá-lo à disciplina das leis, subtraindo a intangibilidade que lhe prestavam as teorias do direito natural, seria impossível realizar o objetivo de promover uma maior igualdade social pelo controle social dos rumos da atividade econômica. Franz Neumann demonstra que, na Constituição de Weimar, os direitos fundamentais, inclusive o direito de propriedade, haviam perdido esta aura de intangibilidade. Não eram mais pensados como direitos pré-estatais e, portanto, intocáveis, mas deviam a força de sua tutela à previsão constitucional (NEUMANN, 1930:124).

Diversos institutos haviam sido criados para limitar o direito do proprietário em nome da igualdade material entre os cidadãos (NEUMANN, 1930:127). Neumann afirma que a Constituição de Weimar havia consagrado uma democracia social “cujo efetivo campo de ação consiste em sustentar a emancipação dos trabalhadores e na garantia da liberdade e propriedade, mas até quando estas não contrastarem com a emancipação dos trabalhadores” (NEUMANN, 1930:128).

Notemos que tal concepção de democracia social é interior ao direito positivo; resulta de um exame minucioso dos artigos da Constituição. Trata-se de um conceito jurídico, ou seja, um conceito que pretende figurar o ordenamento jurídico, e pode ser pensado como a contraparte jurídica da “democracia coletiva” de Ernst Fraenkel exposta em *Kollektive Demokratie (Democracia coletiva)* de 1929, texto citado expressamente por Neumann. O propósito de nosso autor, na esteira de Fraenkel, é tentar contribuir para a efetivação de um projeto de democracia social que incluía a participação ativa da classe operária na gestão da administração e da justiça (NEUMANN, 1929a:117). Entretanto, se Fraenkel parece estar preocupado em falar do sistema político como um todo, Neumann trabalha na imanência do direito. Seu conceito de democracia social é um conceito dogmático a serviço da interpretação e da aplicação das leis. Não tem finalidade descritiva para além deste objetivo. Trata-se de um instrumento para a construção de interpretações exemplares *pró-trabalhador* com o fim de sistematizar a legislação vigente segundo certo ponto de vista, encontrando seu princípio unificante.

Em *Democracia coletiva* Fraenkel expõe seu diagnóstico da situação da Alemanha daquele tempo e, num tom militante, clama pela realização dos princípios da Constituição de

Weimar. Para ele, a democracia coletiva “é uma nova maneira de formar a vontade política que confere às organizações uma influência direta sobre a formação da vontade do Estado, sobre a realização da essência mesma do Estado” (FRAENKEL, 1999:355).

A participação popular poderia contribuir para superar a “mortificação” do Parlamento, incapaz de exercer o papel de representante da vontade popular. Fraenkel mostra como este poder mantinha relação estreita com o governo em detrimento de seus representantes, o que resultava numa crise de legitimidade (FRAENKEL, 1999:344). A Constituição de Weimar estabeleceu a confiança dos Ministros em relação ao Parlamento para que este tivesse influência sobre o coração da burocracia. No entanto, este instituto se transformou “dialeticamente” em seu contrário. A participação de líderes de partido no governo enfraquecia o Parlamento diante do governo, estabelecendo uma relação que frustrou o objetivo original da Constituição de Weimar (FRAENKEL, 1999:344-345).

Para o autor, o que estava em jogo era a ampliação da participação das organizações na gestão da coisa pública por meio da efetivação das normas constitucionais, especialmente aquelas que criavam os conselhos econômicos e conselhos de fábrica (FRAENKEL, 1999). Neumann partilha deste projeto, motivação de suas interpretações da Constituição (NEUMANN, 1930:122).

É preciso deixar claro que, tanto no caso de Neumann quanto no de Fraenkel e Kahn-Freund não estamos diante de argumentações retóricas de juristas interessados em afirmar sua interpretação da lei como a única correta, negando aos juristas conservadores o direito de serem conservadores. Fraenkel e Kahn-Freund, aliás, estavam menos preocupados com a construção de interpretações exemplares do que Neumann. Kahn-Freund não se identificava com a posição de jurista, preferindo definir seu trabalho como de sociologia do direito (KAHN-FREUND, 1931:162). Nesse sentido, por afirmar-se claramente como um jurista socialista em luta para afirmar uma interpretação progressista da Constituição, a suspeita de fundamentalismo interpretativo recai mais sobre Neumann do que sobre os outros dois.

Por isso mesmo, alguém poderia perguntar, legitimamente: se admitirmos que há um espaço discricionário para a ação dos juizes, não é razoável supor que haverá interpretações progressistas e conservadoras das normas jurídicas? Neumann teria construído uma interpretação que ele considerava “correta” com o objetivo de excluir a possibilidade de



interpretações rivais? Sustentar que exista uma interpretação “correta” é razoável diante do que o próprio Neumann afirma sobre a aplicação das normas?

Não se trata disso. Neumann concebia o Estado de Direito como um espaço em que se poderia disputar a interpretação da lei. Ele não nega direito de cidade a interpretações conservadoras, tampouco Fraenkel ou Kahn-Freund. Afinal, era ponto pacífico a existência de um espaço discricionário na atividade jurisdicional (NEUMANN, 1986:224-225; KAHN-FREUND, 1931:108). Para enfrentar o conservadorismo cabia desenvolver interpretações progressistas que disputassem com elas a preferência da sociedade e dos órgãos responsáveis por aplicar as normas jurídicas (NEUMANN, 1930:138). Mas é evidente que Neumann não poderia asseverar em seus textos que seu ponto de vista era tão defensável quanto o ponto de vista conservador. Isso ficava pressuposto. Seus textos são militantes e não analíticos. Ele quer convencer a todos da correção de sua interpretação e, portanto, além de fundamentá-la na lei, afirma que ela é conforme o “espírito” da Constituição de Weimar, ou seja, que atende à vontade do legislador.

Para além das preocupações que partilhava com Fraenkel e Kahn-Freund, Neumann avança na discussão do perigo institucional de um Judiciário que age sem a mediação da lei, ou seja, que nega vigência a normas jurídicas regularmente criadas. Este procedimento, além de lesar a classe operária por frustrar a aplicação da Constituição de Weimar, evidenciava problemas institucionais e teóricos de alta transcendência.

A questão aqui é diferenciar os casos em que o Poder Judiciário estaria sendo “conservador” dos casos em que simplesmente negava vigência a leis positivas. Neumann não se dedica a discutir as interpretações das cortes alemãs com esta atenção para suas nuances. Sua estratégia argumentativa é dizer que determinadas interpretações negavam vigência à Constituição de Weimar e mostrar como seria possível construir interpretações alternativas, mais adequadas à intenção do legislador. De novo: é preciso lembrar que Neumann escreve como jurista militante e não como professor de direito. Por isso mesmo, não é difícil imaginar que diversas interpretações das cortes fossem perfeitamente razoáveis e bem justificadas, apesar de contrariarem os interesses dos trabalhadores.

Neumann, Fraenkel e Kahn-Freund não apresentam soluções capazes de lidar com a questão da indeterminação das normas jurídicas, tampouco pensam seu significado para o Estado de Direito: cuidam apenas de ventilá-la e denunciá-la. No caso de Neumann, trata-se de

contrapor interpretações *pró-trabalhador* a interpretações contrárias a seus interesses. Depois de ler os escritos destes três autores, fica claro que, a depender do Poder Judiciário da época, o Estado social, regularmente previsto na Constituição, nunca seria posto em prática. Em seu impressionante estudo sobre a atividade judicial da corte trabalhista alemã *O ideal social da Corte Trabalhista do Reich*. Uma investigação crítica sobre a jurisprudência do Tribunal Superior Trabalhista do Reich (*Das soziale Ideal des Reichsarbeitsgerichts. Eine kritische Untersuchung zur Rechtsprechung des Reichsarbeitsgerichts*), publicado em 1930, Kahn-Freund, além de classificar as cortes trabalhistas como “fascistas”, apresenta com toda a clareza a questão que ocupava os três autores. A citação, apesar de longa, é essencial:

É evidente que pouquíssimas pessoas hoje, e principalmente os advogados em exercício, ainda caracterizam o papel do juiz como uma máquina cuja única função é aplicar de um modo lógico o estatuto relevante a cada caso particular. Há muito tempo se reconheceu que nunca será possível realizar na prática uma “racionalidade formal” do direito estatutário. Inicialmente esse fato foi considerado pela teoria das “lacunas na lei” que o juiz teria de preencher, até eventualmente, pela via tortuosa das chamadas “normas elásticas” (as cláusulas jurídicas baseadas na “boa fé” ou no “interesse público”, etc – seções 138,242 e 826 do Código Civil (BGB)), chegarmos a uma situação atualmente em que as decisões que preenchem as lacunas na lei superam completamente aquelas que simplesmente aplicam a lei. Devemos procurar mostrar que, particularmente na esfera do direito trabalhista, os juízes procederam conscientemente ao aplicar normas exclusivamente sociais, morais ou econômicas em suas decisões, mesmo nos casos em que teria sido possível resolver uma disputa particular por meio da “pura aplicação da lei”. Se o juiz não deriva as normas com as quais ele fundamenta sua decisão primariamente do direito estatutário, a questão que surge é a de saber de onde então ele as deriva” (KAHN-FREUND, 1930:108-109).

Contrariando as expectativas de que a Constituição de Weimar fosse implementada, os juízes frustravam a tutela dos direitos econômicos e sociais ao fazerem retroceder, no momento de aplicar a lei, as garantias previstas na Constituição (NEUMANN, 1929a:101-113; NEUMANN, 1934:322). Neumann mostra, por meio de vários exemplos, como as cortes trabalhistas tendiam a tomar decisões de compromisso que evitavam afirmar claramente determinados princípios relacionados a direitos trabalhistas. As cortes preferiam manifestar-se, sempre, conforme a diversidade dos vários casos concretos (NEUMANN, 1929a:102), deixando de explicitar uma linha de raciocínio qualquer, fosse progressista, fosse conservadora. A suposta “neutralidade” das cortes será objeto de ampla reflexão por Kahn-

Freund, como veremos adiante. Outra característica dos tribunais trabalhistas era a tendência de demonstrar um sentimento pequeno-burguês de compaixão em relação a trabalhadores velhos ou anciãos em lugar de afirmar sua condição de titulares de direitos, em harmonia com a Constituição (NEUMANN, 1929a:107).

Quanto aos conselhos de empresa, instituto central da legislação trabalhista da época, Neumann e Fraenkel argumentam que a corte trabalhista havia modificado completamente o sentido das leis que regulavam seu funcionamento. Os conselhos foram concebidos como um instrumento para limitar o poder dos empregadores com o objetivo de estabelecer um maior equilíbrio na relação entre empregados e empregadores. A corte trabalhista, em sentido contrário ao da lei, afirma o dever dos conselhos de cooperarem com a direção da empresa, o que significava que as empresas haviam sido transformadas numa comunidade de trabalho, cuja estrutura deveria ser levada em conta também nas relações patrimoniais entre empregados e empregadores (FRAENKEL, 1999; NEUMANN, 1929a:109).

Os exemplos poderiam multiplicar-se. Citemos apenas mais um. Fraenkel mostra que a corte trabalhista de Berlim decidiu, por inúmeras vezes, que o parágrafo segundo da lei sobre os tribunais do trabalho não tinha validade, pois contrariava o “direito constitucional não escrito”. Com este fundamento, o tribunal impedia que os trabalhadores comparecessem às cortes trabalhistas sem o patrocínio de advogados (FRAENKEL, 1999:348). A despeito da dificuldade em discernir o conservadorismo da corte dos casos em que ela estaria negando vigência às normas constitucionais, diante dos escritos que examinamos, não parece absurdo afirmar que, no mínimo, havia uma certa má vontade das cortes em relação às normas sociais da Constituição de Weimar.

Tal forma de agir das cortes trabalhistas parecia demonstrar que a previsão de Max Weber, em sua *Sociologia do direito*, havia se concretizado. Weber já advertia as classes desprivilegiadas, especialmente a classe trabalhadora, de que não seria seguro permitir que os juízes emitissem juízos de valor (WEBER, 1999:659). A ascensão aos cargos mais importantes da magistratura alemã, explica Weber, dependia dos poderes políticos dominantes (diversamente do que ocorria na Suíça, na Alemanha e nos Estados Unidos). Portanto, pedir aos juízes que fizessem juízos de valor poderia ter o efeito inverso daquele que se estaria buscando (WEBER, 1999:659).

Weber aponta para o avanço da racionalidade material sobre a formal no direito alemão de sua época. A materialização do direito, ou seja, a incorporação às normas jurídicas de conteúdos morais que abriam espaço para que os juízes emitissem juízos de valor (por exemplo, expressões como “boa-fé” e “interesse público”), seria responsável pela perda de racionalidade do direito. Em vez de aplicar normas gerais a casos concretos, os juízes passam a realizar juízos de valor autorizados pelo texto da lei. Fique claro que não devemos confundir materialização do direito com indeterminação das normas jurídicas. A materialização das normas jurídicas, segundo Weber, agudiza a indeterminação das normas, pois tende a transformar sua aplicação numa ação irracional. Tudo recairia sobre a vontade do juiz individual diante do caso concreto. O ideal de um direito completamente formal é evidentemente irrealizável. O “direito formal” é um tipo ideal que não se pode encontrar na realidade.

Veremos no capítulo seguinte como Neumann discute e critica este diagnóstico, mostrando como é possível conferir racionalidade ao direito materializado. A necessidade de encontrar critérios para sustentar a racionalidade do direito tomará o centro de *O Império do direito* e *Behemoth*, livro de 1942. A análise do nazismo em *O Império do direito* marca uma mudança radical do ponto de vista de Neumann em relação ao direito liberal que deixa de ser visto como instrumento e passa a ser valorado em si mesmo. *Behemoth* descreve detalhadamente as consequências da supressão da racionalidade formal do direito sob o regime nazista. O livro mostra como o regime nacional-socialista acaba com a liberdade do Poder Judiciário, subordinando sua vontade à da lei, identificada com a vontade do Führer. O juiz perde o poder de evocar o texto de qualquer lei contra o imperativo de decidir os conflitos conforme a vontade do Führer, elemento material que deveria orientar todas as decisões do Estado alemão. Além disso, o Poder Judiciário perde o poder de autogoverno. O Ministro da Justiça, além de nomear os juízes, passa a ter poder de colocá-los onde julgar conveniente. Ademais, os juízes tornam-se passíveis de afastamento ou aposentadoria diante da mera suspeita de que não estivessem agindo no interesse do Estado nacional-socialista (NEUMANN, 1966:454).

O capítulo final de *O Império do direito*, escrito em 1936, no calor dos acontecimentos, faz uma breve descrição do direito sob o nacional-socialismo, antecipando os resultados de *Behemoth*. Aqui, o Poder Judiciário já é descrito como completamente

assimilado à administração: “Na Alemanha de hoje, o juiz não mais possui as funções de juiz” (NEUMANN, 1986:295).

Após ter exercido funções contra-revolucionárias durante a República de Weimar, os juízes tornam-se servos da lei e esta se identifica com a vontade do Führer (Neumann, 1986:294) que se impunha sobre qualquer tentativa de formalização que criasse padrões para as decisões passíveis de controle externo. “Não existe direito na Alemanha porque o direito é agora, exclusivamente, a técnica de transformar a vontade política do Líder em realidade constitucional” (NEUMANN, 1986:298).

Esta preocupação com a perda da especificidade do direito não está presente nos textos de Weimar. Neles, Neumann limita-se a levantar o problema da confusão entre jurisdição e administração, sempre em função da defesa de interpretações jurídicas *pró-trabalhador*. Neumann apenas suscita a questão de o Poder Judiciário intervir em conflitos eminentemente políticos sem a mediação da lei (NEUMANN, 1929a:100). Numa situação como essa, a independência dos juízes deixa de funcionar como princípio básico do sistema parlamentar e se torna um perigo para o Estado. Garantias que serviam para proteger o Judiciário de qualquer tipo de influência se transformam em proteção para o exercício arbitrário do poder de julgar. Impedem que se exija dos juízes o cumprimento da lei, dando-lhes espaço para que eles continuem a atuar como seus “censores” (NEUMANN, 1929a:80).

Citando Jellinek, Neumann explica que a aplicação da lei, como a atividade administrativa, também admite uma esfera de indeterminação, mas, neste caso, fundada no texto de uma norma jurídica. A diferença entre administração e jurisdição não é de natureza, mas de tipo quantitativo, estatístico e sociológico (Neumann, 1929a:95). Neumann afirma que o Judiciário coloca em risco o funcionamento da República quando nega vigência a uma norma jurídica sem fundamentar-se em um texto legal. Ao agir assim, assume a posição de administrador e passa a mediar diretamente os diversos interesses sociais contrapostos, dando prevalência a considerações sobre a oportunidade de seus atos em detrimento de considerações sobre sua legitimidade (NEUMANN, 1929a:95).

Programaticamente, sem propor uma solução para o problema, Neumann afirma ser essencial para o bom funcionamento das instituições manter distintas administração e jurisdição. Mas como fazê-lo se ele mesmo afirma que estas duas atividades têm a mesma natureza? O que significam estas diferenças de tipo quantitativo, estatístico e sociológico de

que ele fala? Qual o desenho institucional capaz de manter o poder Judiciário nos limites destinados à sua atuação? E qual a utilidade disso, se, no limite, o que importa é obter a satisfação dos interesses da classe trabalhadora por intermédio do direito?

#### **1.4 Lutar pelo direito e escrever Teoria Crítica**

O que fazer para combater o conservadorismo do Poder Judiciário? O que fazer para evitar a confusão entre administração e jurisdição? Nos textos de Weimar, Neumann tem uma resposta apenas para a primeira questão e ela se relaciona estreitamente com a maneira pela qual ele concebia seu papel como intelectual. Neumann não está preocupado em pensar, diretamente, como as relações de poder podem ser neutralizadas e a liberdade realizada pelos meios do Estado Democrático (OFFE, 2002:211). Tampouco se entrega à tarefa de construir uma proposta de reforma institucional para remediar a situação que se descortinava diante de seus olhos.

O problema de Neumann não é o poder sem mais, tampouco uma análise do Poder Judiciário ou das forças sociais, mas o espaço destinado à batalha de interpretações que caracteriza o Estado de Direito. Como apontou acima Detlev Peukert, a Constituição de Weimar dependia da ação política para dar definição e substância às suas provisões. Neumann pretende realizar este objetivo. Uma mediação necessária para que isso fosse possível era a ação dos juristas. Não é o objetivo central de Neumann refletir sobre o papel do direito na realização da democracia e do socialismo, por isso mesmo ele escreve textos militantes, instrumento de uma *práxis* que tem como alvo a aplicação das normas jurídicas a favor da classe trabalhadora.

Lidos a partir da demanda por uma teoria da sociedade ou de uma teoria das instituições, sua insuficiência fica patente. Mas esta insuficiência deve-se mais à incompreensão do ponto de vista do autor do que a uma eventual incapacidade analítica de Franz Neumann. Afinal, a um jurista, como o concebia Neumann, não caberia escrever diretamente sobre a base social que sustenta o Estado de Direito nem fazer uma teoria geral das instituições. Neumann pretende explicitar o exercício da discricionariedade no preenchimento do espaço de indeterminação das normas pelo Poder Judiciário e construir interpretações jurídicas exemplares para, com elas, influenciar a aplicação das leis. Para fazer isso, os pressupostos são: um Estado de Direito em funcionamento e uma esfera pública ativa em lutar pela efetivação da Constituição. Apenas em uma situação histórica em que os dois

estejam presentes é razoável pôr-se a escrever para influenciar os agentes que atuam no processo de aplicar das normas jurídicas. Não se pode lutar boxe sem vontade de derrotar o oponente e sem acreditar que o ringue existe e está de pé.

O fato de Neumann sustentar estas duas pressuposições em plena crise de Weimar pode ser legitimamente objeto de críticas. Afinal, qual a eficácia dos escritos de um jurista diante da dissolução da República de Weimar? De fato, à luz do que ele mesmo dirá em *Behemoth* (1942), todos os seus esforços soam inúteis:

A teoria e a prática constitucional revelaram a fraqueza das forças democráticas e o poder de seus oponentes. Ao mesmo tempo, revelaram que a Constituição de Weimar devia sua existência mais à tolerância de seus inimigos do que à força de seus defensores. A falta de qualquer doutrina constitucional aceitável, mesmo que ela tivesse sido meramente uma camuflagem e pura ficção, e o conseqüente caráter público dos antagonismos fundamentais consistiam precisamente nos fatores que tornavam a constituição transitória e impediam a formação de uma lealdade sólida (NEUMANN, 1966:45).

Mas esta impressão só resistirá à análise daqueles que não compreenderem corretamente o problema com que Neumann se defrontava e lerem com desatenção o texto que acabamos de citar. Neumann afirma que o antagonismo entre as forças políticas e a falta de uma doutrina constitucional hegemônica, *ambos os fatores*, foram responsáveis pelo fracasso da Constituição de Weimar. Os dois fatores são tratados como relativamente independentes, sem traço de causalidade de um em relação ao outro.

No momento em que escreveu os textos que examinamos, é de supor que Neumann acreditasse que a esfera do direito permanecia funcionando e era seu papel evitar que ela se resolvesse em decisões contrárias à classe operária; mais, que ela simplesmente se dissolvesse na política, com o desaparecimento do espaço para a luta por uma melhor interpretação das normas da Constituição de Weimar. Neumann queria mostrar a necessidade de agir por meio do direito.

O proletariado e os juristas socialistas desejavam efetivar a Constituição, mas não viam o espaço de aplicação das normas como lugar estratégico para a luta. A confusão entre a indeterminação das normas jurídicas e a arbitrariedade de juízes recrutados entre as classes dominantes foi responsável pelo desprezo da esfera jurídica como lugar de luta pelo

socialismo. Para resolver o problema da arbitrariedade dos juízes é preciso discutir seu recrutamento e questionar o fundamento de seus raciocínios de aplicação. A arbitrariedade não é argumento para combater a indeterminação das normas, como ficou claro no debate entre Schmitt e Kelsen. Nesse caso, direita e esquerda partilhavam da mesma incompreensão diante do direito e da ação de aplicar as normas jurídicas, identificando liberdade do juiz com arbitrariedade.

Durante Weimar, Neumann era *agente* deste processo. Falava da perspectiva de um participante e não de um observador que avalia as forças sociais contrapostas e sua relação com o Estado de Direito. Neumann não tomou para si a tarefa de desenvolver uma reflexão mais aprofundada sobre a base social capaz de levar adiante o projeto da Constituição de Weimar (OFFE, 2002:220), também não contribuiu para discriminar a indeterminação das normas da arbitrariedade dos juízes. Ele manteve a posição de jurista socialista e tentou lutar por dentro do Estado de Direito, ou seja, dentro do espaço discricionário destinado à ação das autoridades competentes por aplicar as normas. Nos limites desta trincheira, cabia pensar em maneiras de reconstruir o ordenamento jurídico por meio de interpretações que conspirassem a favor da efetivação da Constituição e da emancipação da classe trabalhadora.

No entanto, a falta de uma reflexão mais densa e detalhada sobre a especificidade do direito e do processo de aplicação das normas colocou Neumann junto aos teóricos que, até hoje, olham o direito como mero instrumento. Apesar das nuances que apontamos, não é descabido afirmar que, mesmo que para fins retóricos, Neumann identifica interpretações contrárias aos interesses da classe trabalhadora como arbitrarias, ajudando a confundir indeterminação das normas com a arbitrariedade dos juízes. A seu favor podemos dizer que os dois termos estavam confundidos de fato num Judiciário abertamente pró-nazista, ainda durante a República de Weimar (MÜLLER, 1991). Apesar disso, o advento do nazismo mostrará a importância de diferenciar os dois conceitos. Afinal, para o problema de um Judiciário arbitrário é possível advogar mudanças no critério de seleção dos juízes, reformas no procedimento decisório ou alterações institucionais mais profundas.

A supressão do poder de interpretar as normas jurídicas equivale à afirmação de um poder total ao qual toda a sociedade deve se conformar. Numa situação como essa, a única crítica possível ao Judiciário será a de que ele deixou de executar a vontade do soberano. Veremos adiante que, em *O Império do direito*, Neumann não divisará o direito como *instrumento* para que as forças sociais e o Estado expressem seus interesses. O direito e a



aplicação das normas *dão forma* a estes interesses e *definem* a relação entre sociedade e Estado. Não são o *meio* por onde as vontades *passam*, ainda mais numa sociedade “estatizada”, como a concebia Neumann, em que o Estado se torna poroso à participação das forças sociais em sua gestão.

Ao responder diretamente a afirmações de Otto Kirchheimer presentes em *Weimar – und was dann? Entstehung und Gegenwart der Weimarer Verfassung* (1930), Neumann faz uma breve avaliação de sua posição intelectual diante da crise de Weimar. Kirchheimer sustentava que a Constituição de Weimar era uma constituição sem decisão, pois abria espaço tanto para a manutenção da velha ordem social quanto para as forças renovadoras. A Constituição manteve intactos o aparato organizacional burguês e os quadros da administração civil e, ao mesmo tempo, buscou abrir espaço para novas forças sociais consagrando direitos sociais fundamentais. Assim, ela permitia que o aparelho do Estado fosse colocado a serviço de qualquer propósito.

Mas aqui reside o erro básico e irreparável dessa constituição: ela não leva à decisão; ela se alimenta do erro de que os princípios da democracia por si mesmos constituem os princípios de uma ordem social ou ideal específica; ela se esqueceu que a democracia não pode fazer nada além de articular as condições já existentes. O que a democracia pode fazer é dar expressão a uma ordem social existente e representá-la significativamente. Por causa da confusão entre a forma da democracia e seu conteúdo ninguém empreendeu dotar essa constituição com um programa político. Desde 1919 a burguesia alemã procurou preencher com sorte e destreza essa forma totalmente pura com peculiares componentes burgueses (KIRCHHEIMER, 1969:72).

Kirchheimer continua sua análise afirmando que

É propósito de todas as constituições que buscam constituir um ponto de virada no desenvolvimento político proclamar um programa específico de ação em cujo nome a organização de uma nova ordem social será estabelecida. Esse programa de ação será mais realizável quanto mais for consonante com as condições econômicas, como foi o caso com o programa da constituição da Revolução Francesa. Sua implementação será mais difícil quanto menos ele se adequar às condições econômicas vigentes, como será o caso da constituição da Revolução Russa. Os pais da Constituição de Weimar não a dotaram com um programa de ação, mas se contentaram em optar por uma escolha entre os mais variados dos sistemas eleitorais. Eles pensaram que as instituições constitucionais democráticas poderiam ser um

substituto para um programa político, e que teria sido a tarefa da democracia criar um tal programa (KIRCHHEIMER, 1969: 72-73).

A este diagnóstico Neumann responde com certo ar de surpresa: é exatamente numa situação como esta que o jurista pode demonstrar sua utilidade, afinal, sua tarefa é “dar sistematicidade a normas jurídicas aparentemente contraditórias” (NEUMANN, 1930:122) para influenciar e facilitar as diversas operações de aplicação protagonizadas pelos órgãos competentes. Uma constituição como a de Weimar não é mais nem menos contraditória do que qualquer outro setor do ordenamento jurídico. Lidar com problemas como esse é do cotidiano de um jurista.

Os dois autores não estão se referindo exatamente à mesma coisa. Kirchheimer fala do ponto de vista daquilo que a Constituição poderia ou deveria ter sido. Para ele, a democracia só poderia ganhar um novo sentido e funcionar como mecanismo de organização social se a Constituição tivesse tomado partido, sem qualquer ambigüidade, de um “princípio substantivo de organização social”, o do socialismo (KIRCHHEIMER, 1969:73). Para Kirchheimer não fazia nenhum sentido lutar pelo socialismo por intermédio do texto constitucional, mera forma passiva na qual o conteúdo do social, o elemento ativo e criador, é expresso.

Neumann partilha da visão instrumental do direito de Kirchheimer, mas mostra que a aplicação das normas jurídicas é um momento necessário da luta socialista. Ele acredita que vale a pena lutar por interpretações favoráveis ao trabalhador atuando no interior das instituições. Fica implícita aqui a constatação de que mesmo uma constituição inequivocamente socialista poderia vir a ser frustrada em sua efetividade por atos de aplicação conservadores. Como já visto, Neumann não tematiza a indeterminação das normas, apesar de reconhecer o fenômeno implicitamente, dedicando-se a construir interpretações *pró-trabalhador*. Para isso, toma para si a tarefa de “mostrar que na base dos direitos fundamentais está um único princípio informador e indicar qual é este princípio” (NEUMANN, 1930:122).

Pode acontecer facilmente, afirma Neumann, que a evolução e interpretação política das normas da Constituição de Weimar se afastem de seu sentido original. Por esta razão, é importante que o jurista mostre claramente qual é este sentido e, assim, seja capaz de influenciar a aplicação das normas pelos agentes públicos e indicar para as forças políticas a necessidade de respeitar a vontade constituinte e agir para influenciar os atos de aplicação.

A estratégia argumentativa de Neumann, repita-se, interna à esfera jurídica, é afirmar um sentido originário para a Constituição visto que os dez anos de evolução de sua aplicação não tinham sido capazes de criar uma doutrina hegemônica. A Constituição deveria ser interpretada conforme seu sentido original, de acordo com a concepção dos constituintes. Esta valorização dos intérpretes originários, apesar de criticável, faz parte do repertório da hermenêutica contemporânea sob roupagens variadas (DWORKIN, 1999:119-120; ENGLISH, 1988:183-197; FERRAZ JR., 2003:267-268).

Diante desta estratégia, Kirchheimer diria que Neumann busca criar artificialmente, no momento da aplicação das normas, uma unidade de valores inexistente na sociedade. Como Neumann vê o momento de aplicação como momento ativo de construção das instituições, ele crê ser possível direcionar o sentido das normas para favorecer o interesse dos trabalhadores e construir o socialismo na imanência das instituições. Por isso, Neumann acusa duramente os doutrinadores socialistas de terem falhado em construir interpretações progressistas da Constituição. À exceção de Hermann Heller, eles teriam se eximido da tarefa, tornando-se, portanto, parcialmente responsáveis pela inexistência de um consenso sobre o sentido da Constituição. Esta omissão significava o abandono de uma trincheira importante para a luta pela Constituição (NEUMANN, 1930:138-139).

O exame de um trecho do já citado estudo empírico do sociólogo Kahn-Freund serve de contraprova ao que estamos afirmando. Kahn-Freund volta-se para outros aspectos do problema que preocupa Neumann. Ele também se importa em desvendar os fundamentos das decisões dos juízes. Sua pesquisa, já citada acima, conclui, de forma contundente, que a corte trabalhista alemã era fascista, pois suas decisões eram informadas pela convicção da necessidade de colaboração pacífica entre empregados e empregadores no interesse da produção com o fim manter o capitalismo funcionando (KAHN-FREUND, 1931:151).

Como Neumann, Kahn-Freund não nega ao Judiciário o poder de interpretar as normas constitucionais, mas critica o fato de ele não agir abertamente, apresentando-se, ao contrário, como neutro (KAHN-FREUND, 1931:151).

O que temos o direito de esperar do *RAG*, contudo, é a abertura. O que está faltando nessas decisões é o claro reconhecimento de que a Corte persegue um objetivo socio-político distinto. O que é subjetiva e objetivamente alienante e deplorável é a tentativa persistente de pretender que essa prática judicial altamente política seja meramente uma questão de aplicação o direito estatutário.

Como resultado, o significado total da prática judicial é objetivamente mascarado, e sua tendência social e política se revela somente ao especialista bem-informado e ao observador vigilante da atividade da Corte (KAHN-FREUND, 1931:151).

Diante dos resultados a que chegou, Kahn-Freund esboça uma série de problemas que deveriam ser objeto de investigação posterior. Por exemplo, afirma que a chave para este comportamento poderia ser a tendência de toda a burocracia de despolitizar e negar caráter revolucionário às forças sociais. O autor pergunta se este movimento não encontraria paralelo no próprio comportamento dos trabalhadores, que estariam assumindo como seu o ideal fascista esposado pelas cortes. Ainda, Kahn-Freund levanta a hipótese de que a classe trabalhadora poderia ela mesma estar se despolitizando (KAHN-FREUND, 1931:153).

Como mostramos acima, Neumann trabalha em outro terreno. Nenhuma destas questões ocorre a ele, pois seu papel como intelectual é outro. Neumann acreditava que a doutrina constitucional deveria desenvolver-se na direção do socialismo (NEUMANN, 1966:45) para, assim, ser capaz de construir uma base de apoio à constituição no processo de aplicação de suas normas. Nosso autor não separa a luta no interior do direito da luta junto à base social. Apenas mostra que a existência e o funcionamento das instituições é parte relevante da maneira pela qual a sociedade constrói seu padrão de funcionamento.

Ao negar vigência a determinadas instituições, os tribunais impediam que se constituíssem práticas capazes de conformar a relação entre sociedade e Estado de uma determinada forma, o que resultou na atribuição de maior ou menor importância ao texto da Constituição. Por exemplo, ao negar que os conselhos de fábrica pudessem assumir uma postura de confronto com as empresas, os tribunais barravam uma série de práticas que poderiam consolidar esta instituição como palco de luta da classe trabalhadora, o que resultaria na afirmação da Constituição de Weimar como seu fundamento, podendo promover a evolução do controle social dos meios de produção via direito.

O diagnóstico de Otto Kirchheimer, ao contrário, mostrava que a sociedade alemã estava tão dividida na base que apenas a afirmação clara e inequívoca de determinados valores teria sido capaz de levar o projeto constitucional adiante por meio de um programa de ação. O texto constitucional figurava bem demais a desarticulação política da sociedade para que tivesse algum papel em tirar a Alemanha da situação em que se encontrava. Não era razoável esperar pela evolução do processo de aplicação de suas normas, que se mostrava, de

saída, uma trincheira irrelevante. Neumann, ao contrário, acreditava que, mesmo sob aquelas condições, seria possível construir uma nova sociedade e este processo passava pela radicalização das interpretações das normas jurídicas, momento importante da luta socialista.

A razão parece estar do lado de Kirchheimer. Ao deixar de analisar a sociedade alemã de sua época e concentrar-se em agir no interior do sistema jurídico, Neumann teria apostado numa trincheira que não oferecia mais nenhum poder ofensivo diante das forças conservadoras. De fato, a Constituição de Weimar não tinha o apoio sequer da totalidade dos trabalhadores, como diz um historiador contemporâneo:

O fato de que um amplo setor da classe trabalhadora alemã por um lado esperava mais da Revolução de 1918 do que apenas uma reforma democrática e social, enquanto outros se tornavam cada vez mais alienados devido à experiência do desemprego, produziu-se um movimento comunista de massa que via a destruição da República como um meio para a realização de seus fins revolucionários. Assim, sentimentos anti-republicanos encontraram um público maior do que aquele das elites ou de uma classe média baixa desesperada (GEARY, 1990:117).

Na época, um estudo empírico coordenado por Erich Fromm procurou analisar o perfil psicológico da classe operária, relacionando-o com suas atitudes políticas (FROMM, 1984). A pergunta 432 do questionário aplicado era “Quem, em sua opinião, tem o poder real no Estado hoje?”. O relatório de pesquisa afirma que: “Embora os partidos dos trabalhadores formassem a fração mais ampla no interior do Reichstag, um forte sentimento de desilusão prevaleceu na classe trabalhadora em relação ao seu potencial efetivo para o poder” (FROMM, 1984:82).

Os pesquisadores mostraram que a recusa em responder a esta questão foi maior entre os trabalhadores filiados à socialdemocracia: 30%. Apenas 4% dos comunistas, 5% dos socialistas e 6% dos nacional-socialistas se recusaram a respondê-la. O interesse por questões relacionadas ao poder real crescia conforme se elevava o grau de radicalismo político. De qualquer forma, mais de 56% das respostas foram classificadas pelos pesquisadores apontando o *Capital* ou os *capitalistas* como detentores do poder no Estado alemão (FROMM, 1984:83). Apenas 2% das respostas indicaram o *Governo* ou o *Parlamento* como detentores do poder. Apenas um questionário respondido por um trabalhador socialdemocrata afirmou que o *Trabalho* detinha o poder na Alemanha. Apenas 1% dos socialdemocratas e comunistas

aceitou como um fato o princípio constitucional de que todo o poder emana do povo ou que se apresenta dividido entre trabalho e capital de forma justa (FROMM, 1984:85). Este estudo também descobriu que o proletariado era marcado por traços autoritários e conservadores, que poderiam levá-lo a adotar posições radicais de direita (FROMM, 1984:205 e ss) A literatura mais recente sobre o problema tem confirmado a penetração do nacional-socialismo no proletariado e a importância deste para sua ascensão ao poder (STACHURA, 1993:705 e ss).

Apesar disso, precisamos notar que Neumann via a si mesmo como *agente* no processo de formação de uma doutrina majoritária, momento do processo de construção de práticas sociais. Até a última hora, Neumann acreditou que era necessário lutar no interior do sistema jurídico, tomando parte na batalha de interpretações (NEUMANN, 1986:224; KAHN-FREUND, 1930:108). Necessário, mas não suficiente. Não há nada nos textos que nos permita afirmar que a luta pela efetivação das normas constitucionais era *apenas* uma luta na imanência do direito positivo. O que temos diante de nossos olhos são escritos de um jurista militante que pode ser acusado disso apenas, de manter-se jurista quando este tipo de intervenção intelectual já tivesse se tornado absolutamente inútil.

Por esta razão, como mencionamos acima, a crítica que Claus Offe dirige a Neumann não se aplica, sem mediações, aos textos que examinamos. A ausência de reflexão sobre a base social que se pode ler neles (OFFE, 2002:212) revela mais da posição intelectual de Neumann do que de sua falta de capacidade analítica. *Ex post factum*, Kirchheimer tem toda a razão: os juristas eram impotentes para agir sobre a dissolução da sociabilidade de que foi palco a Alemanha de Weimar. Também *ex post factum*, alguém poderia perguntar: se os juristas progressistas tivessem lutado para construir interpretações socialistas da Constituição de Weimar nos quase quinze anos em que ela teve vigência, forçando os intérpretes a permitirem a efetivação das práticas sociais que ela continha em germe e, ainda, tivessem lutado por reformas no Poder Judiciário, a República não poderia ter tido outra sorte?

Os historiadores, bem como as pessoas que vivenciavam aquele momento, julgaram a constituição de Weimar à luz dos usos políticos concretos para os quais ela foi aplicada. Certamente, as formas com que um esquema constitucional particular é bem ou mal utilizado são, em certo sentido, a responsabilidade desse mesmo esquema. Mas se temos de julgar a constituição de Weimar eqüitativamente, também deveríamos considerar que os resultados alternativos da década de 20 não têm a menor chance de serem realizados atualmente. É precisamente quando uma constituição protege explicitamente os princípios de abertura e compromisso,

como foi o caso com a constituição da primeira República Alemã de 1919, que deveríamos dar importância ao potencial não utilizado para inovações democráticas que ela contém.

[...]

Na verdade, a constituição de Weimar simplesmente não teve chances para que pudesse ser aceita, por meio de uma rotina diária, como a estrutura jurídica fundamental subjacente à vida política e sócio-econômica da República. Ao contrário, ela foi usada como fonte de uma série de soluções provisórias que não satisfizeram ninguém. Todos teriam ficado contentes em exigir o crédito pelo sucesso, após o evento; mas quando o estabelecimento de Weimar mais precisou de amigos, praticamente todos somente ficaram bem contentes ao rejeitá-la (PEUKERT, 2001:37, 42).

Winkler afirma, no mesmo sentido, que “a luta pela constituição não terminara com sua aprovação, apenas havia entrado em uma nova fase” (WINKLER, 1998:116). Neumann nunca esteve entre aqueles que desonraram a Constituição. Nunca deixou de lutar pela sua efetivação. Ele acreditou na necessidade de transformá-la na referência para as práticas sociais de Alemanha e, por isso mesmo, manteve-se ativo nas trincheiras do direito até o fim trágico da República. Para ele, agir de maneira diversa significaria ou calar-se na condição de jurista, ou mudar de posição. Esta mudança só aconteceria alguns anos depois em *O Império do direito*.

Durante Weimar, Neumann era um jurista socialista sem uma teoria que justificasse sua *práxis*. Sua aposta no direito funda-se na percepção da importância da trincheira da aplicação em função dos interesses dos trabalhadores. Anos depois, ele se dedicará a construir uma teoria que vê na indeterminação do direito a garantia da liberdade da sociedade em relação ao soberano e a condição de possibilidade da realização de tendências emancipatórias inscritas na realidade, capazes fornecer elementos para antecipar alguns traços de uma sociedade emancipada. Com esta mudança de perspectiva teórica, Neumann será apto a justificar de forma coerente uma *práxis* que passa pelo direito e contribui para que a tendência emancipatória ponha em ato todo o seu potencial revolucionário (HORKHEIMER, 1980; NOBRE, 2004).

A materialização do direito coloca em risco o funcionamento das instituições e aponta para a dissolução do direito na política. Ao mesmo tempo, este processo funda a tendência que aponta para a emancipação da humanidade. Realizar esta tendência é agir na imanência das instituições sob a proteção do Estado de Direito, radicalizando as demandas sociais que apontam no sentido do socialismo. Depois do nazismo, Neumann percebe que abrir mão do Estado de Direito e tentar construir o socialismo fora dele, na “sociedade” como queria Kirchheimer, para depois edificar uma ordem social que se expresse num direito socialista, é um procedimento extremamente arriscado. A destruição do direito sob o capitalismo monopolista criou um pólo de poder total que esmagou qualquer reivindicação emancipatória do proletariado alemão. A tarefa de *O Império do direito* será evidenciar que, naquele momento histórico, era preciso, contra todas as evidências, apostar no direito como mediação necessária para a construção do socialismo. Na Alemanha, restava lutar para restaurar a legalidade. Nos países em que o Estado de Direito estivesse funcionando, valia a pena lutar pelo socialismo na imanência das instituições.



## 2.1 Introdução

Durante Weimar, Neumann escreveu no registro da política. Senão a política *tout court*, a política judicial visando a defender os interesses dos trabalhadores por meio do direito. Nosso autor escreve para ocupar o espaço de indeterminação das normas jurídicas, ressaltando a importância do momento de sua aplicação na luta pelo socialismo. Como já visto, a aplicação das normas ganha relevância apenas em função da defesa dos interesses dos trabalhadores. Relativamente aos escritos de seus contemporâneos, Neumann chama a atenção para mais uma mediação do direito burguês, mas não chega a legitimá-lo como mediação necessária para a construção do socialismo. O direito permanece instrumento de interesses, uma forma que pode se amoldar a qualquer conteúdo.

*O Império do direito* inaugura outro ponto de vista. Evidentemente, com o estabelecimento do regime nazista, ficara superada a possibilidade de lutar pela Constituição de Weimar. A arena em que as diversas interpretações do direito podiam se digladiar fora suprimida pelo regime nazista. Como ficará claro adiante, o direito se materializara completamente sob Hitler. Passa a conformar-se a um valor substancial: a vontade do Führer. Todas as normas jurídicas passam a ser interpretadas conforme este valor, o ordenamento jurídico é infestado de cláusulas gerais, ampliando em muito o espaço de liberdade dos aplicadores das normas (tribunais e administração principalmente) e, apesar disso, o sistema capitalista continua a funcionar sem problemas.

Segundo Weber, o capitalismo tem uma afinidade eletiva com o direito formal devido à necessidade de calculabilidade e previsibilidade dos negócios. A materialização do direito colocaria o capitalismo em risco, pois o direito materializado abre espaço para que os órgãos competentes por aplicar as normas façam juízos de valor. Não há previsibilidade num sistema jurídico marcado pelo subjetivismo na aplicação das normas jurídicas. A materialização impede que se saiba antecipadamente qual resposta jurídica será desencadeada diante da ocorrência de determinada conduta incorporando ao texto legal expressões vagas como “boa-fé”. Paradoxalmente, Neumann encontra, sob o nazismo, o direito materializado

convivendo harmoniosamente com o capitalismo. Como isso se explica? E o que isso revela sobre o sentido do direito formal nascido na sociedade burguesa?

Nos escritos de Weimar, a materialização do direito era compreendida na chave política: devemos lutar para que a decisão do aplicador favoreça a classe trabalhadora. Em *O Império do direito* o sentido atribuído por Neumann à materialização do direito irá se modificar. Durante Weimar, Neumann não diferenciava claramente direito e política. Tratava-se de defender interpretações *pró-trabalhador* para ampliar o controle do aparelho estatal pelo proletariado. Já em *O Império do direito* o espaço de indeterminação das normas não aparece apenas como *instrumento* para a defesa dos interesses dos trabalhadores. Como veremos, o nazismo se encarregara de mostrar que a supressão do antagonismo entre sociedade e Estado, ou seja, da tensão entre direito e política, desarma o potencial emancipatório do direito liberal, potencial este que apenas a destruição do império do direito permite perceber.

A proteção jurídica que os direitos fundamentais emprestam aos movimentos sociais é essencial para o processo de luta pela conquista de direitos sociais, ou seja, a luta por maior controle do capital e do Estado pela sociedade. Neumann pressupõe em sua análise que o direito conforma as relações econômicas num momento histórico em que o Estado começa a regular a economia e, portanto, a reprodução econômica do capitalismo passa também pelas normas produzidas pelo Estado.

O objetivo central de *O Império do direito* é demonstrar que o Estado de direito tem efeitos revolucionários quando presente em uma sociedade desigual. Tal potencial revolucionário nasce com a entrada da classe operária no parlamento e se torna evidente com a destruição do império do direito pelo nazismo.

A Constituição de Weimar não contou com o apoio e a defesa dos trabalhadores. Pode-se imaginar que isso se deveu ao fato de que o caráter revolucionário do direito liberal não era acessível à consciência da sociedade. Neste momento histórico, o direito continuava a funcionar como representação alienante. O nazismo terá papel central em desarmar esta representação alienante ao explicitar a contradição entre império do direito e regime capitalista. O nacional-socialismo promoverá, ao mesmo tempo, a supressão do direito e o desenvolvimento do capitalismo na Alemanha, deixando muito claro que a reprodução do capitalismo independe do direito liberal.

Hermann Heller já afirmara, algo retoricamente, que a presença da classe operária no parlamento despertara o ódio do burguês à lei. Neumann, Fraenkel e Kahn-Freund, cada um à sua maneira, haviam discutido o significado político do direito do trabalho para a sua época, ressaltando a oposição das classes dominantes ao Estado social. Mas este fato não foi suficiente para tornar a ligação interna entre direito e emancipação humana acessível à consciência. Será a destruição do direito promovida pelo nazismo que evidenciará o potencial revolucionário do direito liberal, pois apenas nesse momento a supressão do conflito social torna clara a função progressista dos direitos fundamentais. A existência e garantia destes direitos permite que os trabalhadores se organizem em associações e lutem para ocupar um espaço no parlamento de onde podem reivindicar a satisfação de seus interesses por meio das estruturas do Estado de Direito.

O efeito desmistificador do nazismo determina a estrutura de *O Império do direito*. A análise do direito sob o nazismo encerra o livro, que se inicia com a apresentação em abstrato do que Neumann entende por direito e seu potencial revolucionário. Esta estrutura não é casual e se inspira na forma de apresentação hegeliana. A filiação é explícita. Na terceira linha do primeiro capítulo do livro, Neumann cita o parágrafo 32 da *Filosofia do direito* de Hegel: “as formas abstratas não se revelam como auto-suficientes, mas como não-verdadeiras”. Primeiro vem o conceito e depois a apresentação de sua formação, pois apenas após a supressão do direito seu conceito se torna acessível à consciência. A coruja de Minerva só se levanta no anoitecer. O conceito de direito é uma invenção do proletariado e se torna acessível à consciência com o nazismo.

O momento crucial para a demonstração do potencial revolucionário do império do direito é a entrada do proletariado no Parlamento. Mais especificamente, o momento em que a classe operária dá às suas reivindicações por igualdade material a forma de reivindicação por direitos. Com este movimento, a classe operária torna a discussão sobre a justiça imanente ao direito positivo e, no mesmo movimento, instaura a contradição entre Estado de Direito e capitalismo, que se revelará completamente com o advento do nazismo. É este fato histórico que, no limite, instaura o império do direito como contraditório, permitindo que a construção categorial de Neumann encontre sua articulação.

Este momento coincide com alterações no padrão de reprodução do capitalismo, que Neumann descreve a partir do diagnóstico d’ *O capital financeiro* de Rudolf Hilferding. A integração entre capital industrial e capital financeiro provoca a centralização e a

concentração do capital. Surgem grandes trustes e cartéis, controlados pelos financistas, os responsáveis pelo financiamento destas atividades. O aumento geral de produtividade em razão da racionalização da produção promovida pelos monopólios elimina o capitalismo dos pequenos empreendedores individuais. Os monopólios dependem da proteção do Estado, pois precisam garantir o acesso privilegiado ao seu mercado interno e conquistar e garantir novos mercados, num processo de expansionismo constante (HILFERDING, 1985:342). Nesta fase do capitalismo, o direito passa ao centro da reprodução social e, portanto, torna-se uma arena privilegiada da luta de classes. Esclarecemos que, por fugir ao objeto desta tese, não trataremos aqui deste diagnóstico e as alternativas a ele no campo marxista, fixando-nos nas consequências que Neumann deriva dele.

Além de mostrar que o império do direito é uma invenção do proletariado, Neumann explicita seu potencial revolucionário por meio de uma análise minuciosa das instituições de sua época; na passagem do capitalismo competitivo para o capitalismo liberal. *O Império do direito* não trata apenas da discussão em abstrato do lugar do direito no processo de emancipação humana, mas empreende um diagnóstico do direito sob o capitalismo monopolista, crucial para demonstrar seu potencial emancipatório. O centro deste diagnóstico é a discussão do papel do juiz na aplicação do direito, que será exposta em detalhes logo adiante.

A análise do Estado de Direito liberal, ou seja, a reconstrução teórica de suas estruturas em diálogo com as teorias de Hans Kelsen e Max Weber, permitirá identificar na materialização do direito uma tendência conservadora, que se realizou na Alemanha nazista, e outra progressista, que poderá vir a se efetivar onde quer que haja um Estado de Direito em funcionamento e classes dominadas conscientes do potencial emancipador do império do direito.

Para alcançar este momento da exposição, *O Império do direito* segue um longo caminho, que passamos a reconstituir resumidamente. O livro apresenta a seguinte estrutura, pensada do momento mais abstrato (conceitual) para o mais concreto (análise dos primeiros passos do regime nazista: o livro foi escrito entre 1933 e 1936): 1) explicitação da tese central do livro sob a forma conceitual (Apresentação e Parte I), seguida da retomada da mesma tese em dois graus de abstração diferentes, 2) no plano da história das idéias políticas, compreendidas como figuração da realidade de sua época (Parte II) e 3) no plano das mudanças institucionais que envolvem a relação entre direito e capitalismo (Parte III).

Na parte II Neumann narra o processo de secularização e laicização do direito como figurado na obra dos filósofos políticos. Procura ler suas obras como figuração da realidade institucional de suas respectivas épocas, partindo de Cícero e terminando em Hegel. O subtítulo desta parte é “o desencantamento do direito”. O processo de desencantamento termina em Hegel, com a supressão da dicotomia entre direito positivo e direito natural. A tensão entre o direito posto e uma instância exterior a ele, capaz de ditar-lhe critérios de justiça, torna-se imanente ao direito na *Filosofia do direito* hegeliana, eliminando-se qualquer formulação de um suposto direito natural transcendente. A partir deste momento, segundo a apresentação e crítica de Hegel por Neumann, o direito positivo passa a apresentar-se como cindido em duas esferas, mantidas em tensão que figuram, por assim dizer, duas forças sociais: Estado e sociedade, a esfera da soberania e a esfera da liberdade.

A *Filosofia do direito* de Hegel transformou a justiça numa questão institucional. Neumann toma de Hegel a contradição entre indivíduo e comunidade presente na sociedade civil hegeliana, deixando de lado sua solução no Estado. Não se trata de descobrir os princípios de um direito puramente racional que resolva a contradição, mas de construir instituições que realizem a justiça mantendo a tensão entre indivíduo e soberano. Além de Hegel, Neumann coloca no centro de sua reconstrução das idéias políticas a obra de Rousseau. Foi esse autor o responsável por formular o conceito da lei como expressão da vontade geral, explicitando a impossibilidade de sua realização em uma sociedade materialmente desigual.

Deixaremos de reconstruir no detalhe este itinerário filosófico, pois isso demandaria mobilizar os textos originais e os comentadores de boa parte da história da filosofia política ocidental para avaliar corretamente as diversas interpretações dos filósofos realizadas por Neumann. O que nos interessa para discutir o caráter emancipatório do direito liberal são os resultados desse capítulo, que serão combinados e preenchidos em termos institucionais na parte III do livro.

A abstração dos conceitos e filosofias políticas é complementada pela análise das estruturas do Estado liberal: este passo da argumentação permitirá encontrar a tendência emancipatória inscrita nas instituições do capitalismo monopolista e apontará para a possibilidade de compreender a necessidade de pensar e lidar com estas instituições para realizar o socialismo. É no plano do devir das instituições que Neumann reconstruirá os

principais momentos da relação entre direito e capitalismo, evidenciando sua transcendência em relação a este regime.

A identificação deste potencial emancipatório do direito liberal não está tão clara em *Der Funktionswandel des Gesetzes im Recht der bürgerlichen Gesellschaft* (A mudança de função da lei no direito da sociedade burguesa), texto publicado na revista do Instituto de Pesquisas Sociais em 1937. O trabalho reúne parte dos resultados de *O Império do direito*, sem esgotar seu conteúdo. Neste texto, Neumann concentra-se em demonstrar o potencial autoritário das cláusulas gerais, denunciando sua falsa generalidade. O artigo mostra como o nazismo levou este potencial ao extremo sem apontar alternativas para a construção do Estado de Direito sob um ordenamento jurídico materializado.

Mesmo assim, acreditamos que a denúncia dos perigos das cláusulas gerais não pode ser identificada, automaticamente, com a condenação do direito como instância central para a luta pelo socialismo, mesmo em *Der Funktionswandel des Gesetzes...* em que o potencial racional do direito materializado não aparece explicitamente. A leitura atenta de *Der Funktionswandel des Gesetzes...* e da parte final de *O Império do direito* parece ser contrária a esta interpretação. A preocupação em denunciar o nazismo e o potencial arbitrário das normas materializadas, presentes nestes textos, contribuem para obscurecer os elementos emancipatórios que Neumann via no direito liberal.

Ademais, a possibilidade real de controlar *juridicamente* o espaço de indeterminação do direito materializado, identificado em *O Império do direito*, não estava presente sob a forma de reivindicação na arena de luta das forças sociais. Naquele momento histórico, nenhuma classe social tinha interesse em defender o direito. Portanto, a descoberta teórica de Neumann não chega a tomar a forma de um discurso em defesa do direito e permanece como um *insight* genial enterrado sob grossas camadas de indiferença, violência e sangue. Nem mesmo seu autor parece muito convencido das possibilidades políticas de sua descoberta, já que a deixa de lado e mantém *O Império do direito* inédito. *Der Funktionswandel des Gesetzes...*, texto derivado da tese, foca-se na denúncia da materialização e do nazismo. *Types of natural law* de 1940, que também trabalha com resultados de *O Império do direito*, limita-se a narrar o processo de institucionalização do direito natural com o objetivo de criticar o autoritarismo. Em nenhum deles encontraremos uma alternativa de *práxis* imanente ao direito, apenas o trabalho do negativo.

Temos de convir que o pessimismo de Franz Neumann diante de seu momento histórico estava mais do que justificado. Neumann pensou a relação entre as formas jurídicas (*juristische Form*)<sup>3</sup> (NEUMANN, 1937:51) e a sociedade, ou melhor, pensou a sociedade a partir reconstrução interna destas formas tendo em vista o diagnóstico de seu tempo. E seu tempo, pode-se afirmar sem risco de exagerar, era exasperante e desesperador para um defensor do direito e da democracia. Veremos que *O Império do direito* apresenta uma alternativa para a materialização do direito, mas isso não tira o tom desencantado e indignado do livro e de todos os escritos desta época. Por isso mesmo, nem *O Império do Direito* nem *Der Funktionswandel des Gesetzes...* podem ser lidos como a tentativa de construir um diagnóstico de tempo e indicar a presença de tendências revolucionárias para a Alemanha sob o nazismo e para esta era de regimes autoritários. Neste momento, não havia direito na Alemanha, portanto esta via estava interrompida para a luta social. Ademais, o Estado de Direito gozava de pouco apoio em grande parte do Ocidente. O modo de lidar com o nazismo era muito claro para Neumann:

Uma derrota militar é necessária. Se o Nacional Socialismo pode ser esmagado sem uma derrota militar, eu não sei. Mas disso estou certo: uma derrota militar vai varrê-lo de vez. A superioridade militar das democracias e da Rússia Soviética tem de ser demonstrada ao povo alemão. A filosofia do Nacional Socialismo começa e acaba com sua alegada “eficiência”. Isto tem de ser provado como uma mentira. A lendária apunhalada nas costas de 1918 não pode acontecer novamente. Mais e melhores planos, armas e uma completa derrota militar arrancará o Nacional Socialismo das mentes do povo alemão (NEUMANN, 1966:xiii).

A situação de todo o Ocidente não era muito melhor do que a alemã. Lembremos que na primeira metade do século XX o mundo foi varrido por uma onda autoritária. Por isso mesmo, o diagnóstico global de Neumann apontava para a destruição do direito em favor da arbitrariedade do poder (NEUMANN, 1937:74-75). Veremos como Neumann pensa o autoritarismo do interior do direito, indicando para a falsa generalidade (*falche Allgemeinheit*) das cláusulas gerais (NEUMANN, 1937:38) e sustentando teoricamente uma razão para apostar no direito como mediação da revolução socialista. A despeito disso, a realidade do entreguerras não abrigava uma *práxis* social, de esquerda ou de direita, que apostasse no

---

<sup>3</sup> Na versão em inglês: “juridical forms”.

Estado de Direito como estrutura essencial para regular a sociedade. Nem mesmo a burguesia defendia o direito liberal, aliada das forças interessadas em destruí-lo.

Apesar disso tudo, especialmente em *O Império do direito*, Neumann identifica o potencial emancipatório do direito liberal, que permanecia em potência, reconstruindo a experiência da República de Weimar e seu Estado Social abortado. Veremos como este potencial se revela nesse momento com a entrada da classe operária no Parlamento e suas conseqüências. Cinquenta anos depois, diante da crise do Estado de Bem-Estar Social, outro autor fará um movimento semelhante e pensará o potencial emancipatório do direito liberal num momento de questionamento de sua possibilidade de regular a vida em sociedade diante de diversos fenômenos, especialmente a globalização. Trata-se de Jürgen Habermas e seu *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. A necessidade de tomar uma posição diante da utilidade e da possibilidade de defender o Estado de Direito como padrão de sociabilidade para a sociedade atual atualiza a discussão da racionalidade do direito liberal e sua defesa da forma direito. Por esta razão, Neumann traz elementos importantes para pensar os problemas atuais.

Mas retomemos o fio da exposição. Como pudemos perceber na citação acima, Neumann entendia que, diante do nazismo, a única solução era a guerra. O que pensar desta inequívoca aposta na violência contra seu próprio país vinda de alguém que, até o último momento, lutou para manter aberta a trincheira do direito, mesmo durante a República de Weimar? Diante da constatação de que a Alemanha, naquele momento, não vivia sob um Estado de Direito e, em *Behemoth*, de que o regime nacional-socialista era um não-Estado; ainda, diante da memória de todas as atrocidades cometidas pelos nazistas, a afirmação de Neumann parece bastante razoável, apesar de haver dúvidas se a derrota militar tenha feito desaparecer completamente a doutrina do nacional-socialismo da Alemanha.

Mesmo assim, pensar na derrota alemã olhando para a torre da *Kaiser-Wilhelm-Gedächtniskirche* em Berlim, que faz lembrar a decisão das forças aliadas de destruir completamente diversas cidades alemãs mesmo com a vitória garantida (FRIEDRICH, 2006), nos faz presumir se Neumann imaginava, além dos milhares de mortos e feridos, quanta destruição injustificada a guerra iria causar em seu próprio país. Pode-se supor com segurança que um defensor do Estado de Direito não creia na violência como meio de solução dos problemas e se recuse a apoiar medidas extremas, afinal, é muito difícil estabelecer limites para o uso do poder de destruição de qualquer máquina militar. A criação de um poder sem



limites, ou seja, completamente desjuridicizado, põe por terra qualquer possibilidade de controle social sobre seu exercício por meio das instituições. A Primeira Guerra Mundial já se encarregara de deixar suas marcas no corpo e na consciência de vários países da Europa, afastando qualquer possibilidade de manter a ingenuidade diante da solução militar.

Por isso mesmo, um jurista democrata será sempre o último a subscrever qualquer medida violenta, muito menos a decretação de um estado de exceção sem o controle das instituições. Afinal, para Neumann, o Estado não é apenas um instrumento destinado a colocar em prática finalidades que lhe são externas. Trata-se de uma forma de sociabilidade que visa a conformar a sociedade e o soberano, emprestando-lhe uma racionalidade que se coloca na antípoda da violência física. O projeto de juridificar o poder (político, econômico, social etc.) é sempre incompleto, ou melhor, *deve* permanecer incompleto, pois a juridificação total é a supressão da dicotomia entre Estado e sociedade. Neumann também não subscreveria uma solução como essa.

Para que um jurista democrata e defensor convicto do Estado de Direito, inclusive em uma situação extrema como a de Weimar, afirme que o caminho a ser seguido era o da violência com a finalidade de esmagar (*to crush*) o nacional-socialismo e varrê-lo (*to wipe out*) da Alemanha, ele chegara ao seu limite. Neumann abandonara qualquer esperança em medidas pacíficas capazes de restaurar o Estado de Direito alemão e, portanto, para pensar o direito como emancipação, é preciso pensar para além da Alemanha nazista. A menos, é claro, que se consiga provar que vivemos em uma situação muito semelhante ao entreguerras. Neste caso, devemos descartar toda a experiência do Estado de Bem-Estar Social e suas estruturas, ainda em funcionamento, e pensar o Estado de hoje com o mesmo aparelho conceitual de setenta anos atrás. Neste caso, Franz Neumann, Carl Schmitt, Otto Kirchheimer e todos os juristas da época se tornam, automaticamente, autores contemporâneos sem necessidade de nenhuma adaptação. Este não é nosso ponto de vista.

\* \* \*

Este capítulo está dividido em três partes. A primeira apresenta o império do direito como invenção do proletariado. A gênese do império do direito como forma de regulação inclusiva de novas demandas sociais (a que chamaremos de forma direito para facilitar a exposição) confunde-se com a criação da democracia burguesa e com a entrada do

proletariado no parlamento. Este é o momento de politização do sistema capitalista, ou seja, do estabelecimento de controle sobre a economia, a que se segue o nazismo, acontecimento que a torna acessível à consciência do potencial emancipatório do direito liberal.

A entrada do proletariado no parlamento é o momento crucial deste processo. No instante em que este fato se dá, o direito deixa de funcionar como ideologia ao explicitar a desigualdade da troca de trabalho por salário sob a forma de direitos sociais. Nesta parte do capítulo, mostraremos como se constitui a contradição entre soberania e liberdade, momento essencial da forma direito, compreendida como garantia da liberdade em relação à soberania e pré-condição para qualquer ação social reivindicatória. Além disso, demonstraremos como esta contradição se inscreve no sistema dos direitos fundamentais, ou seja, como ela se institucionaliza neste grau de abstração.

Na segunda parte, o objetivo será apresentar como as instituições do Estado de Direito sob o capitalismo monopolista contêm um potencial emancipatório. A exposição da parte um não é suficiente para apontar a presença deste potencial: será preciso examinar detalhadamente as instituições do direito, num debate com o conceito de materialização do direito de Max Weber e a concepção de aplicação das normas jurídicas de Hans Kelsen. Assim, será possível examinar o lugar da jurisdição e a natureza da aplicação das normas jurídicas.

Este exame será realizado em três níveis. Em primeiro lugar, será preciso dar conta da racionalidade do direito da época, refutando a tese da perda de sentido do direito weberiana, afinal, se o direito for irracional, não é lógico apostar nele como mediação para a emancipação. Para demonstrar a racionalidade do direito e seu potencial emancipatório, Neumann discute a diferença entre administração, jurisdição e legislação e, em seguida, examina a natureza da aplicação das normas jurídicas, mostrando que, mesmo sob o capitalismo monopolista, o direito não se reduz, necessariamente, à política.

Podemos apresentar estes três níveis de análise da seguinte maneira: a) o debate sobre a racionalidade do direito liberal materializado (certeza jurídica  $\times$  materialização); b) a diferença entre legislação, administração e jurisdição (especialmente o debate concernente à diferença entre administração e jurisdição) e c) o problema da aplicação das normas jurídicas (criação das normas  $\times$  aplicação das normas). O potencial revolucionário do direito liberal se revela em cada um desses níveis.

Em (a) veremos como o direito liberal assume uma racionalidade procedimental com a articulação entre normas substantivas e adjetivas (na terminologia atual, processuais e de comportamento). Em (b) observaremos que é possível pensar uma relação entre legislação, administração e jurisdição que não coloque em risco a racionalidade do direito e abra espaço para o avanço do controle social sobre os meios de produção e, finalmente, em (c), verificaremos como a aplicação das normas gerais, “crux” do sistema liberal nas palavras de Neumann, deve ser compreendida como um processo dinâmico de criação de sentido, marcado pelo controle externo pela esfera pública.

Enfim, na terceira parte deste capítulo discutiremos, à luz de toda a exposição, o conceito de direito que Neumann apresenta logo no começo do livro para mostrar como este figura todo o processo de invenção da forma direito e seu potencial emancipatório. Ao final desta exposição, teremos demonstrado que o potencial emancipatório do direito liberal se revela com a invenção da forma direito pelo proletariado e está presente na imanência das instituições que caracterizavam o Estado de Direito.

## **2.2 A invenção da forma direito**

Todo o esforço de análise de Neumann, levado adiante em vários graus de abstração, aponta para um foco central: a identificação do império do direito como forma de sociabilidade e sua função emancipatória que indica para a construção do socialismo. Há uma estrutura categorial que organiza os diversos planos de análise e permite compreender mais claramente a marcha dos argumentos do livro.

Como dissemos acima, podemos reduzir o argumento de *O Império do direito* ao seguinte esquema: trata-se de 1) mostrar a formação do império do direito no plano da história das idéias políticas (lidas como figuração da realidade) e no plano da análise institucional; 2) apontar a tendência emancipatória inscrita nesta forma institucional desde seu nascimento, com as revoluções burguesas, mas que permanecia em potência a ocultar a desigualdade entre burguesia e proletariado; 3) demonstrar como esta tendência emancipatória se apresenta no capitalismo monopolista a par da tendência contraditória de destruição da racionalidade do direito; 4) expor como a função ética transcendente do direito liberal torna-se acessível à consciência com a entrada do proletariado no parlamento e com o advento do nazismo.

Neumann pretende derivar o conceito de império do direito de sua formação e, além disso, mostrar como este conceito aponta para além de si mesmo sem antecipar positivamente a imagem deste além, mas apenas traços de uma sociedade liberada. De sua análise não temos a proposta de instituições alternativas às presentes, mas apenas a cisão, a abertura, o negativo, o espaço em branco que poderá vir a ser preenchido por uma *práxis* revolucionária na imanência do império do direito.

Nesta análise, há três momentos fundamentais que é preciso identificar com clareza: a formação do conceito de direito, a instauração de seu caráter contraditório pela ação do proletariado e as tendências de sua evolução posterior. Assim, antes de reconstruir conceitualmente *O Império do direito*, recorrendo a *Die Funtionswandel des Gezetses...*, quando necessário, tomemos o que diz sua introdução, lugar em que Neumann apresenta parte destas determinações do direito (NEUMANN, 1986:3-9).

O império do direito nasce para afirmar a burguesia como classe excluída do âmbito de ação do Estado. Ao defender que o Estado deve realizar a vontade da sociedade, a burguesia pôde figurar a si mesma como portadora dos interesses universais, forçando sua entrada na condução de suas políticas, ou seja, na definição do que seja interesse público. O processo real de construção dos Estados de Direito resultou na destruição do antigo regime. Suas estruturas não suportavam a participação de outras classes além de aristocracia e clero na formação da vontade do soberano. Portanto, formaram-se historicamente Estados de Direito.

A edificação do império do direito e suas instituições fundamentais, especialmente o governo das leis por meio de normas gerais, se dá em função do interesse da burguesia em trocas econômicas calculáveis e previsíveis. No entanto, ao viabilizar o funcionamento do mercado com a construção de um direito formal, a burguesia fez mais do que gostaria. Instituiu uma forma de regular, a norma geral, que permitiria, mais tarde, o nascimento da tendência capaz de destruir o sistema capitalista. As normas jurídicas são facas de dois gumes, pois permitem conformar e regular as trocas em função dos interesses de seus participantes, mas também de interesses extramercado.

A contradição entre capitalismo e império do direito, em potência desde seu nascimento, torna-se ato com a entrada do proletariado na cena política parlamentar. As regras do jogo que a burguesia criou para o funcionamento dos Estados de Direito incluíam a garantia da igualdade perante a lei, bem como a liberdade e a segurança individual para todos

os indivíduos. Além disso, havia a liberdade de associação e o direito de voto. Todas estas instituições serviram para que o proletariado tomasse parte do sistema político e adentrasse no parlamento para fazer exigências sob a forma de reivindicações de direitos. Assim que a influência da burguesia no parlamento diminui, o mesmo acontece com seu compromisso com esta forma de representação (NEUMANN, 1937:47). Durante Weimar, o aumento do controle judicial sobre a ação do Parlamento pode ser interpretado como uma reação ao avanço das leis sobre o direito de propriedade privada dos meios de produção (NEUMANN, 1937:60 e ss).

Esse é o momento em que a tendência universalizante do império do direito revela-se em contradição com um sistema econômico que instituíra a desigualdade entre as classes. As classes dominantes passam a assistir ao proletariado movimentar-se para exigir que o Estado leve em conta sua vontade, ou seja, criar normas jurídicas que submetam a atividade econômica ao controle político de toda a sociedade e não apenas dos participantes das trocas. Não se trata necessariamente de suprimir o mercado, mas regulá-lo. Para fazer isso, o proletariado vale-se do princípio da legalidade e de todas as garantias individuais e coletivas que o Estado de Direito lhes imputa e garante. Diante desse fenômeno, a burguesia busca restringir o efeito deste poder do proletariado sobre o parlamento.

Antes de prosseguir, façamos um resumo do que já foi dito. O império do direito é o governo das normas gerais. Nasce com as revoluções burguesas; dotado de um potencial universalizante que só revelará todo o seu alcance com a entrada do proletariado no parlamento. Já em seu nascimento a afirmação de que a vontade do Estado deve coincidir com a vontade da sociedade arma um mecanismo que tende a colocar em cheque instituições construídas para deixar de fora do sistema político qualquer classe ou grupo. Este mecanismo é acionado pelo proletariado no momento em que ele, mimetizando o movimento da própria burguesia em luta contra o antigo regime, afirma-se fora de um sistema que, pelo espírito de suas regras, deveria acolhê-lo.

Esta é a estrutura essencial do império do direito, que, para facilitar a exposição e evitar a confusão terminológica, chamaremos a partir de agora de “forma direito”. Trata-se de uma estrutura institucional que constrange o poder soberano a agir conforme a vontade da sociedade por meio de normas gerais e as instituições ligadas a elas (na forma clássica, os três poderes e seus órgãos), que instituem e garantem a separação entre soberania e liberdade, entre sociedade e Estado. Fique claro: para que a forma direito esteja presente, é preciso haver institucionalização. Não existe forma direito sem direito positivo. Esse é o significado da

afirmação de que o direito natural só faz sentido sob a forma de norma geral, ou seja, sob a forma da forma direito (NEUMANN, 1986, 1937, 1940, 1966).

A forma direito aponta para além de si mesma porque permite que classes e grupos sociais se utilizem dela para incluir suas demandas no interior do sistema político. O proletariado foi pioneiro em usar a forma direito para colocar em cheque o capitalismo. Ao transformar suas reivindicações em reivindicações por direitos e conseguir relativizar o direito de propriedade mediante normas jurídicas (como veremos adiante), o proletariado instaurou a possibilidade de submeter os rumos da atividade econômica à vontade de toda a sociedade, tornando transparente o processo de funcionamento das unidades econômicas. Neste momento, o império do direito deixa de funcionar como ideologia.

Para que a possibilidade de apropriação dos meios de produção pelo proletariado via direito se torne real, o potencial emancipatório do direito burguês precisa vir à consciência. Antes da entrada do proletariado no parlamento, o direito liberal exerce a função de ocultar a dominação de classe. Trata-se de uma representação que figura a igualdade entre burguesia e proletariado para dissimular a apropriação da mais-valia pela burguesia. Ora, se os agentes sociais se movem pelas categorias que representam (GIANNOTTI, 2001:59), isso significa que a forma direito é determinante para dominação da burguesia sobre o proletariado e para a reprodução social. Nesse sentido, Neumann afirma que o direito exerce três funções numa sociedade capitalista:

- (a) a lei geral tem uma função social e politicamente protetora. Ela é igualitária. Nisto reside o valor ético da generalidade da lei;
- (b) a lei geral tem uma função dissimuladora. Numa sociedade de classes e num sistema econômico competitivo, uma lei geral oculta as realidades. Segundo o postulado de que o Estado pode governar apenas através de leis gerais, o sistema econômico competitivo se cobre com a dignidade de um valor moral;
- (c) a lei geral num sistema econômico competitivo possui por fim a função de tornar os processos de troca calculáveis e previsíveis (NEUMANN, 1986:213).

O caráter revolucionário inicial do império do direito desaparece na sociedade burguesa. As normas gerais tornam-se formas de pensamento<sup>4</sup> que dissimulam a dominação de classe. Para que esta função seja desarmada, não basta sua explicitação teórica e posterior comunicação ao proletariado. A forma direito contribui para a reprodução do sistema na condição de forma de pensamento e, portanto, determina tanto proletariado como burguesia. Tomar consciência desta dissimulação exige a modificação dos pressupostos históricos do funcionamento do sistema. É preciso que, de alguma maneira, as formas deixem de coincidir com os conteúdos para que surja espaço para desnaturalizar as figurações determinantes da configuração e reprodução do capitalismo.

As primeiras, as forças produtivas, configuram o conteúdo constituído pelos relacionamentos do homem com a natureza e consigo mesmo e que se torna responsável pelo movimento dessas mesmas forças. Num dado momento de equilíbrio, formas e conteúdos se correspondem. Mas a divisão social do trabalho, depois de quebrado o equilíbrio do comunismo primitivo, abre espaço para a luta pela apropriação do excedente então criado, o que move o desenvolvimento progressivo das forças produtivas até chegar ao limite em que a carapaça das relações de produção venha a explodir. Graças a este processo reflexionante, de condições necessárias essa relação transforma-se então em empecilho (GIANNOTTI, 2000:60).

A sociedade capitalista aparece para seus agentes como algo diferente do que ela realmente é: “há uma espécie de ruptura interna entre as relações sociais predominantes e a maneira como elas são conhecidas empiricamente” e, por isso, “aquele que estuda cientificamente essa sociedade fica submetido à obrigação de construir a realidade contra as aparências” (GERAS, 2005:193).

Adiante, veremos como Neumann busca antecipar certas características do direito sob o socialismo. Tal antecipação só é possível devido à transformação do direito liberal burguês pela entrada da classe operária no Parlamento. Nesse momento, a dissimulação torna-se aparência, pois esta forma de pensamento deixa de corresponder ao conteúdo figurado. A desigualdade fica estampada na letra da lei sob a forma de compensações materiais, os

---

<sup>4</sup> “Examinaremos como a dialética marxista se torna possível porque o objeto de sua análise consiste em formas de pensamento (*Gedankenformen*) (K, I, 23, 90) que o pesquisador pensa a fim de revelar as formas pelas quais os atores pensam ao se engajarem nas relações sociais de produção” (GIANNOTTI, 2000:33).

direitos sociais, consagrados com a finalidade de redistribuir o excedente social com fundamento num juízo político, realizado no Parlamento.

Segundo Neumann, a invocação do império do direito numa sociedade burguesa dissimula a desigualdade entre as classes porque torna desnecessário nomear a classe dominante, além de revelar a falta de disposição desta classe para a realização de reformas, recobrando com um ar de correção moral sua dominação.

Isso, contudo, implica que a ênfase dada ao império do direito instituído depende do fato de que o Parlamento, como um todo, consista numa representação dos interesses da burguesia, ou seja, que o proletariado não chegou a ponto de ser um poder político perigoso para os interesses da burguesia. O Parlamento funciona normalmente, mas apenas enquanto as classes proprietárias o dominam. No exato momento em que a classe trabalhadora se emancipar, se tornar politicamente consciente, a burguesia abandonará a crença no império do direito instituído, e então ou recorrerá a um novo direito “natural” que não pode ser modificado pela legislação parlamentar e que consiste principalmente na ordem existente da propriedade – isso, contudo, somente durante um período de transição – ou ela abolirá o Parlamento juntamente com suas funções legislativas. (NEUMANN, 1986:255).

O resultado deste processo é que a propriedade privada dos meios de produção deixa de garantir a apropriação dos lucros obtidos pela sua exploração, que podem ser redistribuídos por força da lei. O fato da propriedade privada dos meios de produção desnaturaliza-se e, portanto, passa a ser possível pensar em uma sociedade que não conte com esta instituição.

Um exemplo pode clarear essa questão. N’ *O capital* o contrato de trabalho servia para dar forma contratual a uma troca essencialmente desigual. A entrada da classe operária no parlamento transforma sua natureza. A iniquidade da troca torna-se explícita e consciente: os direitos sociais conquistados pelo proletariado na luta parlamentar são compensações explicitamente consagradas na legislação. Têm como finalidade compensar a fraqueza econômica do trabalhador diante dos empregadores e assumem a forma de cláusulas obrigatórias de todos os contratos de trabalho celebrados em um determinado território. A desigualdade não está mais oculta, mas explícita na letra da lei, portanto o direito deixa ser mera ideologia. Não figura mais uma troca desigual como se fosse uma troca de equivalentes: a troca é figurada como ela é realmente, ou seja, uma troca desigual que é preciso compensar com a concessão de determinados direitos.



A entrada da classe operária no parlamento muda a natureza do direito liberal ao mesmo tempo em que modifica o sentido da luta pela revolução e, portanto, altera a concepção de *práxis* necessária para realizá-la. Com a classe operária no parlamento, abre-se a possibilidade de que a revolução se faça com a mediação do direito. Evidentemente, a via parlamentar não se justifica por si mesma, mas apenas na medida em que o direito é elemento central para a reprodução do sistema capitalista. Veremos adiante o diagnóstico do tempo com que Neumann justifica esta *práxis*.

Ao sentir-se ameaçada por este movimento do proletariado, a burguesia prefere destruir a forma direito a abrir mão de sua posição de classe. Este processo se deu, historicamente, pelo controle judicial sobre as leis criadas no Parlamento e pela criação de cláusulas gerais com o objetivo de destruir as leis que haviam incorporado reivindicações dos trabalhadores (NEUMANN, 1986:273 e ss; 1937:51-55). Nos dias de hoje, este processo se dá com a defesa da auto-regulação contra qualquer instância soberana, nacional ou internacional.

Este processo, que busca afastar a forma direito do poder privado, atinge o paroxismo com o nazismo. O regime nacional-socialista escancara a afinidade eletiva entre capitalismo e fascismo e sua incompatibilidade com a forma direito. Sem o império do direito, o capitalismo funciona sem nenhum problema, baseado em regras técnicas e acordos realizados entre as lideranças localizadas no topo do sistema, como Neumann mostrará em *Behemoth*, bem como sob a racionalidade da falsa generalidade das cláusulas gerais, que infestavam o ordenamento jurídico (NEUMANN, 1986:286-298; 1937:67-75). A supressão da liberdade e da segurança individual, do direito de associação livre e a materialização do direito em cláusulas gerais, que ampliavam enormemente a indeterminação da aplicação das normas, não prejudicam em nada o andamento das trocas econômicas. Sob o regime nazista, matar a sociedade é o sonho do soberano.

A forma direito pode ser separada de um momento histórico marcado pela cisão da sociedade entre burguesia e proletariado sem perder potencial explicativo. Qualquer grupo social pode se utilizar dela para afirmar sua condição de excluído do sistema político, dirigindo-lhe demandas de qualquer natureza. O processo de conquista desta possibilidade, sangrento no caso do proletariado, resulta na edificação de instituições capazes de captar vozes insatisfeitas e transformá-las em elementos do sistema político.

O texto de Neumann sustenta esta leitura ao deixar de antecipar, positivamente, uma sociedade emancipada. Não encontramos em *O Império do direito* ou em qualquer outro texto de Neumann a descrição substantiva da sociedade socialista. Temos apenas a afirmação da necessidade de manter a forma direito em funcionamento para evitar suprimir a tensão entre sociedade e Estado. Sua capacidade de apontar para além de si surge nos momentos em que é capaz de figurar as demandas dos excluídos. Não há em Neumann a antecipação do momento em que a sociedade estaria completamente pacificada; em que todas as vontades estariam satisfeitas, tampouco um paralelo luminoso à morte trágica da sociedade sob o nazismo. Emancipar-se significa conformar e garantir institucionalmente a possibilidade de expressar a insatisfação.

A forma direito instaura uma contradição sem perspectiva de solução futura. Se as demandas por igualdade material forem satisfeitas, se o sistema das trocas econômicas for domesticado e submetido à vontade da sociedade, outras demandas poderão surgir. Possivelmente, estaremos vivendo sob o socialismo, mas isso não significará a presença de um estado de beatitude em que nenhuma necessidade humana permanecerá insatisfeita. A pauta da forma direito está sempre aberta. Ela é vazia de conteúdo substantivo, exceto quanto a seu potencial universalizante, garantido pela presença de normas gerais e as instituições ligadas a elas, ou seja, como veremos, de procedimentos decisórios capazes de traduzir a vontade de sociedade em vontade do Estado. Seu nascimento, resultado da ação de burguesia e proletariado, edifica uma forma de regular essencialmente inclusiva e aberta para o futuro, capaz de provocar a recriação das instituições em função do surgimento de novas necessidades personificadas em grupos que se afirmarem excluídos de seu âmbito de abrangência.

### 2.2.1 Soberania e liberdade

Antes de seguir adiante, retomemos alguns passos da exposição anterior. A idéia de império do direito<sup>5</sup> nasceu como ideal revolucionário. Em seu nome o antigo regime foi destruído, dando lugar às repúblicas burguesas. A burguesia, classe revolucionária de então, promoveu reformas institucionais radicais para acabar com os privilégios da nobreza e do clero. Para que isso fosse possível, foi necessário afirmar teoricamente e institucionalizar um

---

<sup>5</sup> Neumann prefere usar a expressão “império do direito” no lugar de “Estado de Direito”, mais afeito à tradição romano-germânica, pois o primeiro não se refere apenas às leis do Estado, mas abarca as práticas sociais relacionadas com estas normas, especialmente a sua aplicação e o comportamento de seus destinatários (NEUMANN, 1986: 11 e ss).

domínio de liberdade em relação à soberania em que todos os homens são considerados iguais. Além disso, consagrou-se a idéia de que o Estado soberano só é racionalmente justificável se atender aos interesses e às vontades de todos os indivíduos (NEUMANN, 1986:4-5).

Por isso mesmo, Neumann afirma que o Estado moderno caracteriza-se pela existência de duas esferas: a da soberania, além da esfera de liberdade em relação à soberania (NEUMANN, 1986:3; 1937:31-32). Esta estrutura fundamental institucionaliza-se com as revoluções burguesas e, segundo Neumann, pode permanecer existente, mesmo no socialismo. Como já visto, a defesa normativa da manutenção da forma direito pressupõe que o direito burguês tenha deixado de funcionar como ideologia e permita a expressão e a efetivação dos interesses da sociedade. Esta afirmação é surpreendente para um autor que se apresenta como um marxista. O que permite a Neumann afirmar, contra certas obras de Marx e vários escritos marxistas (LENIN:1979, HABERMAS, 1963:117-118; DRAPER, 1977; LÖWY, 2002; ATIENZA, 1986), que, em seu momento histórico, o direito se tornara condição necessária para a emancipação social? Vejamos como Neumann justifica esta posição.

Neumann sustenta que a separação do Estado em duas esferas, soberania e liberdade em relação à soberania, acrescida da afirmação de que ele deve servir às necessidades e à vontade de todos os cidadãos, tem efeitos revolucionários. Este caráter revolucionário se alimenta da possibilidade de ampliação do espaço de participação política das forças sociais – consequentemente, da constante possibilidade de rediscussão das regras que presidem a relação entre os cidadãos – permitida pelas regras do Estado de Direito.

Em sua origem, a ideologia burguesa do império do direito permite que a burguesia afirme seus interesses próprios como se fossem universais. Afinal, a implantação do Estado de Direito resultou na destruição das monarquias, contrariando frontalmente os interesses da aristocracia e do clero. Ao agir desse modo, afirmando a si mesma como porta-voz de interesses não contemplados pelo Estado, a burguesia explicita a ilegitimidade das instituições do Antigo Regime, destinadas a beneficiar apenas uma parte da sociedade (NEUMANN, 1986:5). Esta maneira de justificar Estado e direito, secularizada e racional, é que abrirá espaço para a ação do proletariado.

Desse modo, as pretensões da burguesia em ser uma nação encontra uma pretensão paralela por parte do proletariado constituindo a si mesmo como a nação. Do mesmo modo como a

burguesia destituiu o domínio feudal e o absolutismo monárquico sob o slogan da “Representação da Vontade do Povo”, também o proletariado quer, por sua vez, representar a vontade do povo fundindo o Estado no proletariado, após este ter se tornado a nação. “As armas com as quais a burguesia derrotou o feudalismo estão agora voltadas contra a própria burguesia”. (NEUMANN, 1986:5).

Neste ponto, Neumann parece estar reformulando, sem citar expressamente, as teses d’*A ideologia alemã*, de Marx e Engels. Se tomarmos esta obra como referência, apenas para iluminar suas teses, já que ela não é citada expressamente em lugar nenhum, podemos asseverar que, em *O Império do direito*, se trata de mostrar como a forma direito pode deixar de funcionar como representação alienante.<sup>6</sup> No registro da alienação, a revolução burguesa e seu ideal de império do direito servem apenas à dominação de classe. A forma direito é alienante porque apresenta a desigualdade real entre as classes como uma falsa comunidade, pouco importa qual seja a classe que se utilize dela para reivindicar seus interesses.

A burguesia consolida seus interesses particulares como universais com o fim de derrubar do poder nobreza e clero. Da mesma maneira o proletariado, ao se utilizar da forma direito para expressar seus desejos e vontades, afirma uma comunidade falsa ocultando a luta de classes. A exemplo de outras representações alienantes, a forma direito faz parte do universo mental de toda a sociedade, apresentando a realidade de modo invertido. Não é capaz de cumprir a igualdade prometida, pois oculta a exploração do proletariado pela burguesia.

A superação da alienação, ainda conforme *A ideologia alemã*, tem como pressupostos a constituição da história mundial e a criação de um abismo entre ricos e pobres (Marx, 2002:30-34). Presentes estas condições, a alienação se torna “um poder insuportável”: a possibilidade de perceber que a produção das condições de existência de todos os habitantes do globo depende de sua cooperação no processo de reprodução de sua existência física abre espaço para que a insatisfação do proletariado se expresse em um movimento “súbito” e “simultâneo” de alcance mundial.

---

<sup>6</sup> “[...] segue-se também que toda classe que aspira à dominação, mesmo que esta dominação determine a abolição de toda antiga forma social e da dominação social, segue-se, portanto, que essa classe deve conquistar primeiro o poder político para apresentar por sua vez seu interesse próprio como sendo o interesse geral, sendo obrigada a isso no primeiro momento” (MARX, 2002:29-30).

Neumann não pensa a revolução no mesmo registro deste texto de Marx, apesar de seguir, bem de perto, sua formulação do problema. Para Neumann, a forma direito pode ser mais do que uma representação alienante. Esta possibilidade se concretiza na fase do capitalismo monopolista em que o direito passa a ocupar o centro da reprodução social. Ademais, para além deste diagnóstico do capitalismo em abstrato, Neumann mostra que alterações de sua estrutura interna permitem que ele deixe de ocultar a dominação de classe e se torne mediação necessária da emancipação social.

Voltemos à comparação Marx e Neumann proposta acima, retomando as análises do item anterior. O processo que leva à superação do capitalismo via direito começa, ainda sob o domínio da alienação, no momento em que o proletariado reivindica interesses próprios como se fossem universais por meio da forma direito. Ao cobrar do direito liberal a realização de suas promessas, ou seja, o respeito à vontade e aos desejos de todos os cidadãos, o proletariado explicita, como o fizera a burguesia antes dele, a ilegitimidade das instituições sob as quais vive, agora, contra os interesses burgueses.

Esse movimento exaure o conceito de democracia, pois coloca a sociedade burguesa diante do dilema: satisfazer as reivindicações do proletariado e modificar a forma de distribuir as riquezas ou abandonar o governo das leis sobre os homens. A introdução do elemento material na forma, ocupada originalmente apenas com a igualdade formal entre os cidadãos, sem tocar em instituições como a propriedade privada, instaura uma fissura na ideologia do direito liberal.

Esta fissura começa com a reivindicação do direito de voto pelo proletariado: conquistar o parlamento numa conjuntura histórica em que o direito é central para a reprodução do capitalismo significa ter acesso à definição do que seja propriedade privada. Daí o surgimento de toda uma regulação constitucional que definiu e limitou os contornos da atividade econômica, além da legislação trabalhista que impõe limites à livre utilização da propriedade privada. Num contexto como esse, a vitória política do proletariado abria, no limite, a possibilidade de suprimir, via direito, a propriedade privada dos meios de produção.

O potencial revolucionário que esta possibilidade abre pode ser medido pela violenta reação burguesa ao avanço político do proletariado. Tratou-se de abolir a democracia para evitar a satisfação de seus interesses:

O conceito de democracia é abandonado quando as massas, que despertaram recentemente e chegaram a uma autoconsciência política durante o período do industrialismo e da guerra mundial, exigiram essa democracia para si mesmas, e quando uma sociedade feudalizada pelo monopólio econômico é incapaz de satisfazer tais exigências (NEUMANN, 1986:5).

A existência de uma esfera de liberdade em relação à soberania dá oportunidade para a reivindicação de direitos. De novo: no momento em que os direitos reivindicados assumem um conteúdo material,<sup>7</sup> ou seja, expressam a demanda pela redistribuição da riqueza social, surge, no limite, a possibilidade de tomar consciência se ser admissível abolir a propriedade privada dos meios de produção via direito. Por esta razão, Neumann pôde afirmar que a mera existência de normas jurídicas que regulam o comportamento do Estado e dos indivíduos, ou seja, a presença da forma direito como forma de sociabilidade, contribui para a desintegração do *status quo* de uma sociedade desigual.<sup>8</sup>

Num quadro de iniquidade em que o proletariado, cada vez mais poderoso, dirige suas reivindicações ao Estado e ao direito, não é possível afastá-las racionalmente sem negar o fundamento de legitimidade sobre o qual a democracia se assenta. Se o Estado e o direito devem fundar-se na vontade e no desejo dos cidadãos, é preciso incluir os excluídos do sistema de tomada de decisões para que seja aceitável sustentar, racionalmente, que se está sob uma democracia. A recusa da burguesia em acolher as reivindicações do proletariado choca-se frontalmente com a racionalidade da forma direito. Levar adiante tal recusa e manter o poder implica, necessariamente, abolir o Estado de Direito, abrindo espaço para formas irracionais de legitimação:

O abandono da democracia é acompanhado por uma inversão no sistema de valores da esfera filosófica. A *ratio* é desvalorizada, porque a justificação do Estado por meio das vontades dos homens é apresentada como imanentemente revolucionária. A justificação com base nas carências dos homens não é realizável, porque a contradição obviamente crescente entre promessa e realização deve levar necessariamente à desilusão. Nesse sentido, por causa da impossibilidade de reverter o processo de secularização, mantém-se apenas a justificação carismática, que é um caso típico de uma atitude extrema de irracionalidade. (NEUMANN, 1986:6).

---

<sup>7</sup> Não se trata aqui, ainda, do conceito de materialização weberiano.

<sup>8</sup> Seria interessante investigar sistematicamente a presença desta tensão entre justiça formal e reivindicação de igualdade material na *Sociologia do direito* de Weber. Ver, por exemplo, WEBER, 1992:606-607. Neumann não cita Weber como sua fonte para este argumento, apenas Rousseau.

Neumann refere-se aqui, evidentemente, aos fascismos que se formavam na Europa, especialmente na Alemanha e na Itália. Retomando a comparação com as teses d'A *ideologia alemã*, podemos dizer que, nesse momento da história, a justificação do domínio da burguesia deixa de lado a representação “império do direito” e passa a apelar para formas irracionais de legitimação, especialmente a idéia de nação. A falsa impressão de comunidade que, no texto de Marx, era resultado do direito liberal passa a ser sustentada pela concepção de nação, mais uma contraprova de que a forma direito deixara de funcionar como representação alienante e figurava, sem inversão nenhuma, a realidade da reprodução social.

Ressalte-se que, ao asseverar que o direito liberal abre espaço para a emancipação social, Neumann refere-se a um momento histórico específico. Não se trata de uma afirmação de validade atemporal. Neumann recusa qualquer defesa estratégica ou tática do direito liberal burguês (PREUß, 2002:99-100). Vê este direito como determinação necessária da revolução, postas determinadas condições históricas e não um instrumento a ser usado apenas se favorecer aos interesses da classe operária. Neumann esforça-se por demonstrar que a forma direito se torna intrinsecamente revolucionária sob o capitalismo monopolista, não para mostrar como o proletariado pode usar o direito instrumentalmente em favor de seus interesses.

Este esforço precisa atingir um grau maior de concretude para tornar-se plausível. Será preciso demonstrar que o potencial emancipador do direito burguês está inscrito nas instituições da época. Mas, antes de prosseguir, lembremos aqui dois pressupostos da reconstrução que iremos fazer. Neumann não está falando da Alemanha, lugar em que, naquele momento, não existia um Estado de Direito em funcionamento. Por isso mesmo, na estrutura de *O Império do direito*, a análise que passamos a reconstruir está localizada antes da descrição do regime nacional-socialista, que encerra o livro. Ela figura uma oportunidade perdida pelo proletariado alemão.

Para além da conjuntura alemã, Neumann quer mostrar como a materialização do direito instaura tanto uma tendência regressiva quanto uma tendência emancipatória. A primeira indica para a perda de sentido do direito, ou seja, a dissolução do império do direito na política. A outra, em sentido contrário, abre espaço para a transformação da racionalidade do direito liberal, apontando para a emancipação da humanidade. Neumann sustenta-se aqui na análise do capitalismo de *O capital financeiro* de Rudolf Hilferding, que, como já dito, deixaremos de expor em detalhe. Para o que nos interessa, basta afirmar que o potencial

emancipador do império do direito pressupõe uma sociedade funcionando sob a forma direito. O pressuposto é que o direito é um dos lugares em que a sociedade constrói a si mesma, moldando suas instituições e suas práticas. O direito não é apenas meio ou instrumento, mas faz parte da definição dos termos em que a sociedade funciona.

Notemos que Neumann não inclui em sua investigação outras esferas de reprodução social. Também não desenvolve uma reflexão sobre os efeitos nocivos que esta porosidade do Estado em relação à sociedade poderia ter sobre a sociedade em razão da burocratização das relações sociais (OFFE, 1984, 1955; HABERMAS, 1987). Em 1936, ano em que o livro foi concluído, o Estado social ainda dava seus primeiros passos e este problema ainda não se apresentava.

Neumann pensa a emancipação social na imanência da forma direito. A exposição anterior mostrou que não há uma ligação necessária entre direito liberal e sistema capitalista, muito pelo contrário. Numa sociedade desigual, o império do direito pode ganhar caráter revolucionário ao ameaçar a distribuição de riquezas.

### 2.2.2 *Os direitos fundamentais e o direito de propriedade*

A possibilidade de suprimir o capitalismo por meio do direito gira em torno da função desempenhada pelo direito de propriedade em relação aos demais direitos. Por isso, Neumann procura demonstrar como o potencial emancipatório do direito está inscrito no sistema de direitos fundamentais. Para fazer isso, redescreve as relações entre forças produtivas e relações de produção, tornando ainda mais concreta sua tese a respeito da emancipação social via direito.

Instituições em funcionamento no capitalismo – especialmente a propriedade privada – podem exercer funções diferentes num regime socialista. Para sustentar esta afirmação, Neumann se utiliza da idéia de mudança de função do direito, cuja fonte é o livro de Karl Renner, *Institutions of private law and their social function* (*Die Rechtsinstitute des Privatrechts und ihre Soziale Funktion*), publicado originalmente em 1905. Vejamos como isso se dá.

Os direitos fundamentais são os direitos à liberdade individual, política, econômica e social. Neumann afirma que estes direitos têm como pressuposto a liberdade em sentido



sociológico, compreendida como a possibilidade de escolher entre duas oportunidades de ação e garantida pelas normas gerais, que recortam um espaço de liberdade em relação à soberania. Neumann diz: não pode haver liberdade de escolha sem a proteção de uma ordem jurídica. Só há liberdade “em sentido sociológico” num ambiente juridicizado em que uma esfera de liberdade esteja garantida por lei e seja possível afirmar que tudo o que não é proibido por lei é permitido (NEUMANN, 1986:32-33). Assim, a ação de alguém que tenha como objetivo impedir que outrem exercite sua liberdade pode ser afastada e/ou punida por meio dos órgãos jurisdicionais.

Numa sociedade complexa, marcada pelo conflito, podemos asseverar que, sob a forma direito, os indivíduos têm a faculdade de fazer o que quiserem desde que não desrespeitem as leis, e podem fazer valer esta faculdade perante qualquer pessoa que se oponha ao livre curso de suas ações. Fora deste ambiente temos a força bruta, o mundo da liberdade puramente negativa, ou seja, a ausência completa de impedimentos externos à ação humana que se identifica com a ausência da forma direito.

A existência da liberdade jurídica, entretanto, não é suficiente para que os homens exercitem a liberdade em sentido sociológico. Para isso, é preciso que, de fato, haja várias opções para os indivíduos. A realização completa da liberdade só pode se dar com a emancipação da sociedade, ou seja, com o fim da alienação. Neumann refere-se a esta possibilidade como “concepção concreta de liberdade” de acordo com Hegel, mas não avança no diálogo com o autor, seguindo sua estratégia de não falar positivamente da sociedade futura (NEUMANN, 1986:35).

Antes, prefere examinar os direitos fundamentais já institucionalizados, concentrando-se no esforço de explicitar seu potencial revolucionário. Afinal, como já fica evidente neste ponto da exposição, a estratégia crítica de Neumann é encontrar as formas institucionais que afirmem a forma direito e, ao mesmo tempo, que apontem para além de si mesmas. Naquele momento histórico, esta “possibilidade concreta de liberdade” identificava-se com a relativização do direito de propriedade, ou seja, o estabelecimento do controle social dos meios de produção via direito. Por isso, é crucial para Neumann lembrar que, ao longo do desenvolvimento histórico, as liberdades tomam a forma de direitos como resultado do processo de secularização e laicização do Estado. Os direitos fundamentais são inteligíveis apenas sob a forma de direitos garantidos em lei (NEUMANN, 1986:35; 1940) e seu exame se dá na imanência do direito positivo.

A existência destes direitos (também referidos por Neumann como direitos humanos) garante a separação entre sociedade e Estado. Por isso, faz parte de sua forma institucional fundamental (ao menos naquele momento histórico), juntamente da separação de poderes e do instituto do direito adquirido (NEUMANN, 1940:90-91). Os direitos fundamentais ajudam a recortar as esferas da soberania e da liberdade em relação à soberania, tornando possível a legitimação democrática do Estado, ou seja, instituindo a forma direito.

A realização completa da liberdade, entendida como capacidade de autodeterminação humana, implica a existência da liberdade jurídica (que garante um espaço de liberdade em relação à soberania) e a efetivação da liberdade sociológica, ou seja, a ampliação do espaço de escolha pelos indivíduos. Isto só é possível com o fim da dominação de classe. Esta, por sua vez, é determinada pela propriedade privada dos meios de produção. Com a entrada do proletariado no parlamento torna-se possível apropriar-se juridicamente deles.

Neumann mostra como o processo de emancipação pode ocorrer sem o rompimento do direito liberal, com a rearticulação das liberdades garantidas por lei. Afinal, se a liberdade jurídica e a liberdade sociológica são pressupostos da realização da liberdade numa sociedade futura, é preciso mostrar como as garantias dos direitos individuais, políticos, econômicos e sociais podem permanecer vigentes mesmo com a reformulação da regulação da propriedade privada. A mudança precisa ser possível a partir da imanência do sistema das liberdades. De alguma maneira, este sistema precisa ter o potencial de se rearticular sem se romper. A solução de Neumann será afirmar que os direitos podem mudar de função<sup>9</sup> conforme as circunstâncias. Vejamos como ele dá conta desta verdadeira quadratura do círculo.

Para começar, nosso autor apresenta sua classificação das liberdades, que corresponde, apenas em parte, à visão clássica dos direitos fundamentais. Em Neumann não temos a superposição dos direitos individuais, políticos, econômicos e sociais, mas um sistema em que cada uma destas espécies relaciona-se com todas as outras em um processo.

Os direitos do indivíduo isolado são os direitos de liberdade clássicos, liberdade de religião e consciência, proteção da intimidade, da correspondência e proibição de prisão ilegal. Os direitos políticos são a liberdade de associação, imprensa, reunião e voto secreto.

---

<sup>9</sup> Ver RENNER, 2001:74 e ss.

Estes direitos criam uma esfera de liberdade em relação ao Estado e permitem a integração democrática de sua vontade. Garantem que as escolhas privadas sejam livres da influência determinante da soberania.

Os direitos econômicos têm como centro a propriedade privada, cujas garantias suplementares estão na liberdade de contratar, negociar e testar. A garantia da propriedade é, em princípio, universal, porque protege o proprietário contra qualquer pessoa que interfira no gozo de seu direito, além de ilimitada, pois o poder do proprietário sobre a coisa é, também em princípio, absoluto. Enfim, a última categoria de direitos são os direitos sociais, cujo objetivo é a emancipação da classe trabalhadora. São direitos que nasceram dos direitos econômicos. O principal direito social é o direito de associação garantido aos sindicatos (NEUMANN, 1986:36-37).

Notemos que esta classificação difere em parte das classificações em uso. Não encontramos aqui a divisão entre direitos de liberdade, direitos políticos e direitos sociais.<sup>10</sup> Neumann apresenta os direitos econômicos como categoria especial, diferenciada dos direitos individuais; tradicionalmente, a garantia da propriedade privada é vista como um direito individual. Outra diferença é a classificação da liberdade de associação sindical como direito social e não como direito político, como seria de esperar. Ademais, Neumann sustenta que, no capitalismo, a propriedade privada é a instituição dominante, ou seja, todas as outras liberdades funcionam sob sua determinação.

A análise de *O Império do direito* neste ponto é bastante sucinta, quase telegráfica. Não somos apresentados ao processo histórico de formação destes direitos, tampouco a um exame detalhado de suas inter-relações. Entretanto, é possível reconstituir parte do raciocínio pressuposto pelo autor a partir de uma afirmação, central para esta análise. Neumann afirma que os direitos econômicos se formaram com o capitalismo competitivo, mas que não determinam completamente as outras três espécies de direitos. Os direitos políticos e individuais existiram antes do capitalismo competitivo e podem continuar a existir sem ele, mesmo exercendo outra função (NEUMANN, 1986:38). Pode-se inferir disso, inferência que orientará nossa análise daqui em diante, que os direitos sociais podem existir sem a

---

<sup>10</sup> Bercovici aponta a semelhança entre a classificação dos direitos fundamentais de Neumann e Carl Schmitt em textos anteriores a *O Império do direito* (BERCOVICI, 2004:32). Fica por investigar se a classificação que apresentamos é uma reelaboração destes textos, num debate velado com a classificação schmittiana. Nesse ponto de *O Império do direito*, Neumann não traz Schmitt ao centro da discussão.

determinação da propriedade privada dos meios de produção e dos outros direitos econômicos.

Os direitos econômicos giram em torno da propriedade privada, direito preexistente ao capitalismo, mas que ganha dimensão central neste regime econômico. Os direitos sociais nascem dos direitos econômicos; nascem da reivindicação operária de redistribuição do excedente social. Tanto os direitos sociais quanto os econômicos pressupõem a existência de uma esfera de liberdade em relação à soberania e, por isso mesmo, assentam-se na garantia das liberdades individuais e políticas.

Neumann trata os direitos individuais e políticos como o mínimo necessário para a existência da forma direito. Conseqüentemente, os direitos econômicos e sociais são determinações que imprimem ao Estado de Direito características capitalistas ou socialistas, dependendo de sua articulação com os direitos individuais e políticos, ou seja, conforme a articulação entre o grupo de direitos fundamentais dominantes e os outros direitos. Esta forma de pensar os direitos humanos fica mais clara com a introdução do conceito de *instituição* (NEUMANN, 1986:38 e ss):

Entendemos por uma instituição jurídica o estabelecimento de uma relação que pretende ser duradoura, ou entre os homens, ou entre propriedades, ou entre homens e propriedades, capaz de regular os processos sociais, sejam organizados numa base hierárquica ou socializada (*herrschaftlich* ou *genossenschaftlich*), e que pertençam ou ao direito público ou ao direito privado (NEUMANN, 1986:38).

As instituições são complexos de direitos e deveres organizados com o objetivo de regular determinadas relações sociais. Relacionam-se com os direitos fundamentais, pois são responsáveis por dar-lhes concretude, tornando possível sua efetivação. Por isso Neumann afirma que a propriedade privada é, além de um direito fundamental, uma instituição. Como direito fundamental, ela declara, em abstrato, que protege a retenção, a administração e a obtenção de lucros pelo proprietário de determinado bem. Numa sociedade capitalista, sua principal função é esta última (NEUMANN, 1986:40). Mas esta garantia abstrata só tem chance de se tornar efetiva se for acompanhada de instituições que regulem o comportamento da sociedade no sentido anunciado em abstrato pelo direito fundamental.

Voltemos à análise da propriedade e seus elementos. Segundo a construção de Neumann, a retenção é um dos elementos da propriedade. Garante a posse do bem, sua administração e o poder sobre seu uso, ou seja, trata-se de expressão jurídica do controle sobre os meios de produção, pessoas e coisas. Para que a propriedade (direito fundamental) se efetive, ela deve ser acompanhada de instituições que garantam o poder de retenção do bem em todo o seu conteúdo. Isso se faz por meio de outras normas jurídicas.

Neumann mostra que estas duas garantias, posse e administração do bem, podem ser juridicamente retiradas de seu proprietário, por via de consequência, também a obtenção dos lucros. Tecnicamente, não há nada que impeça que o controle do bem seja delegado a um empregado. Esta não é uma situação incomum: nem sempre o dono de uma empresa controla pessoalmente seu negócio. Pode entregar o poder de dirigir a empresa a um administrador profissional. Da mesma maneira, sua retenção pode ser transferida aos trabalhadores. Só assim o processo de produção pode se realizar: trata-se de uma necessidade da produção que o dono não tenha a posse física dos bens utilizados no processo produtivo (NEUMANN, 1986:40). Ele precisa transferir o controle sobre os equipamentos e a matéria-prima a ser utilizada para seus empregados.

Diante desta constatação, fica claro que o direito de propriedade é plástico e manipulável juridicamente. Os direitos e deveres que o constituem, ou seja, as instituições que concretizam o direito fundamental de proteção à propriedade privada, podem ser atribuídos a sujeitos diferentes do dono do bem. Não há uma coincidência necessária entre a pessoa do proprietário e os titulares dos direitos de retenção, controle e obtenção de lucros sobre o bem. Aquele que retém o bem pode não ter seu controle e não gozar dos lucros obtidos com ele. Também o poder de retenção pode ser atribuído aos trabalhadores: numa grande indústria, o dono perde o domínio físico sobre os meios de produção e, muitas vezes, o controle destes, atribuídos a um administrador.

Como já visto, uma instituição depende de instituições auxiliares para servi-la e protegê-la. A propriedade privada, compreendida agora como o conjunto de instituições que concretizam o direito fundamental de proteção à propriedade privada, precisa da liberdade negocial e da liberdade de contratar para atingir seus objetivos. Para que o dono dos bens possa obter lucro com eles – sua função central – precisa ser capaz de vender, trocar e obter empréstimos, celebrar contratos de trabalho e aluguel, além de contrair hipotecas. Também precisa ter a liberdade negocial que funciona como um meio de seleção natural dos

negociantes, excluindo aqueles incapazes de tomar boas decisões econômicas (NEUMANN, 1986:42).

As instituições auxiliares podem servir a funções diversas, conforme variem as circunstâncias. Podem, inclusive, deixar de servir à instituição a que originalmente tinham a função de proteger e efetivar (NEUMANN, 1986:43).

Se a liberdade de comércio em uma economia monopolista parece levar a lucros cada vez menores, o Estado moderno do século XX não hesita em interferir nestas liberdades, ou mesmo aboli-las ordenando certas tarefas por meio do ato administrativo ou estatuto permitindo unir-se a cartel, ou proibindo a circulação de novas empresas. As regulações pertencentes ao direito público recolocam então as liberdades suplementares – os atos administrativos ou estatutos recolocam os direitos de livre contrato e comércio em sua relação com a propriedade nos meios de produção (NEUMANN, 1986:43).

Aqui, na imanência do sistema de direitos fundamentais, instituições e instituições auxiliares, Neumann inscreve a possibilidade de transformar o capitalismo em socialismo. A relação entre instituições auxiliares e principais pode ser subvertida por meio de mudanças na regulação implementadas via Parlamento ou mediante interpretações da legislação, levadas adiante no interior dos órgãos estatais responsáveis por aplicar as leis.

A propriedade, na condição de instituição dominante em uma sociedade capitalista, pode ser objeto de ações nesse sentido, pois ela não é uma substância dotada de poderes transcendentais, naturalizada e tornada estática pelo direito, compreendido como representação alienante. Ela é composta de um conjunto de direitos e deveres passível de manipulação pela criação de normas jurídicas (pelo Parlamento ou pelo Judiciário, como veremos).

É possível desarticular a relação entre o dono de um bem e os poderes de retê-lo, controlá-lo e obter lucros, relação que, à primeira vista, aparece como natural. Além disso, é possível atuar sobre as instituições auxiliares, mudando seu sentido. A entrada da classe operária no parlamento desarma a função de dissimulação do direito liberal e permite que estas operações se tornem figuráveis e, portanto, possíveis em potencial.

A partir de sua exposição sobre as instituições em sua relação com os direitos fundamentais, Neumann redescreve a relação entre forças produtivas e relações de produção

segundo Marx. Seguindo de perto a formulação marxista do problema, Neumann afirma que a propriedade e suas instituições auxiliares identificam-se com as relações de produção, relações sociais nas quais os indivíduos produzem. Neumann apresenta as forças produtivas como o conhecimento técnico disponível em determinada época, bem como os meios de produção, pessoais e materiais (por exemplo, terra, matérias-primas e capital fixo) (NEUMANN, 1986:43).

As relações de produção sofrem mudanças de função em sua conexão com as forças produtivas. Se estas se expandem em razão do avanço técnico, as instituições podem entrar em contradição com elas, passando a constituir um obstáculo para seu avanço. Aqui Neumann localiza sua crítica a Karl Marx. Esse autor se concentrou na análise dos momentos de ruptura de uma ordem social relativamente à outra, negligenciando a análise das modificações institucionais internas a determinada ordem social. Por isso, Marx concentra-se no exame das instituições principais, propriedade privada e propriedade comunal dos meios de produção, sem levar em conta as alterações nas instituições auxiliares. Uma longa citação, neste ponto, é inevitável:

A relação de tais instituições e liberdades suplementares com as instituições ou liberdades principais pode sofrer igualmente de uma mudança de função. Com um certo grau de desenvolvimento das forças produtivas *no interior* daquela sociedade, as instituições e liberdades auxiliares tornam-se estorvos e impedem os objetivos das instituições principais que garantiram até o momento. Elas perdem seu caráter suplementar. Em um período de relativa livre competição, liberdade de contrato e de comércio são meios para a realização do lucro para o proprietário dos meios de produção. Neste período, o Estado garante sua existência (através de garantias constitucionais ou simplesmente jurídicas de tais liberdades) ou sua função (por exemplo, pelas leis relativas à competição injusta).

Em um período de economia monopolista a relação é inversa. A liberdade de comércio facilita ao mesmo tempo o aumento dos empreendimentos competitivos indesejados pelos monopolistas: a liberdade de contrato possibilita aos intrusos a possibilidade de se manterem afastados das organizações monopolistas ou de abandoná-las por vontade. Aos trabalhadores é dada a possibilidade de unirem-se aos sindicatos pela liberdade de associação, e em tais circunstâncias, quando os lucros dos empreendimentos do monopolista tendem a diminuir, pode muito bem acontecer que as instituições e liberdades auxiliares sejam abolidas em favor de estatutos suplementares e atos

administrativos mais convenientes aos interesses monopolistas (NEUMANN, 1986:44).

A articulação entre instituições principais e auxiliares permite descrever as relações entre forças produtivas e relações de produção de dentro das instituições, ou seja, na imanência do direito, compreendido como norma jurídica, atos de aplicação e comportamento dos destinatários das normas. Estas mudanças podem seguir caminhos regressivos, como vimos ao longo desta exposição, mas podem também apontar para a emancipação.

A entrada da classe operária no Parlamento dá ensejo a que a propriedade privada seja reformada internamente, bem como suas instituições auxiliares. Os direitos de reter, controlar e obter lucros com os meios de produção podem ser manipulados pela lei e pelos atos de aplicação. Sob a forma direito, a liberdade de contratar explicita seu fundamento na vontade social, desnaturalizando-se. A letra da lei passa a explicitar e não ocultar a dominação de classe ao figurar as reivindicações proletárias nos direitos econômicos e sociais. Do mesmo modo, sob o capitalismo monopolista, a liberdade de negociar torna-se objeto de juízos democráticos, que visam a proteger o mercado interno e conquistar novos mercados para os monopólios.

O resultado deste processo é a explicitação da possibilidade de construir e reconstruir, por meio da forma direito, todos os direitos fundamentais e instituições capitalistas. Todos eles aparecem como escolhas que não se justificam em si mesmas, mas precisam servir à vontade e aos desejos dos cidadãos. Desse modo, Neumann demonstra que, mantida a separação entre as esferas da soberania e da liberdade, existe a possibilidade de que a classe operária transforme o direito a partir de dentro, promovendo a apropriação coletiva dos meios de produção por força de lei. Por isso mesmo, postas estas condições históricas, o direito passa a ser mediação necessária para a emancipação humana.

### **2.3 Forma direito e emancipação humana sob o capitalismo monopolista**

Até agora, a exposição acumulou alguns resultados que convém sejam retomados antes de prosseguir. Assim, sabemos que a forma direito se constitui com as revoluções burguesas e adquire caráter contraditório com a entrada do proletariado no Parlamento. Esse caráter contraditório torna-se explícito com a supressão da forma direito pelo nazismo. A forma direito abre espaço para as reivindicações sociais, inclusive para a demanda pelo



controle dos meios de produção via direito. A realização deste objetivo depende da possibilidade de manipular o direito de propriedade. Esta possibilidade é demonstrada por Neumann mediante uma minuciosa análise dos direitos fundamentais e suas instituições auxiliares.

A forma direito deixa de funcionar como representação alienante com a entrada do proletariado no parlamento. A conquista de direitos sociais explicita a desigualdade de classe no texto das leis. De outro lado, a relação entre forças produtivas e relações de produção é reinterpretada por Neumann. Ao analisar o direito de propriedade, ele mostra como é possível introduzir modificações no interior do direito burguês sem necessariamente romper com o Estado de Direito. O direito tem uma racionalidade própria, capaz de conformar reivindicações emancipatórias; afinal, ele se tornou central para a reprodução social sob o capitalismo monopolista.

A análise do direito de propriedade pressupõe a autonomia do direito sem demonstrá-la em detalhe. Neumann fará tal apresentação adiante, examinando a racionalidade do direito formal, a natureza da jurisdição e o conceito de aplicação das normas jurídicas. Como aludimos acima, esta análise também é a demonstração do potencial emancipatório do direito liberal, pois expõe sua racionalidade sob o capitalismo monopolista, permitindo que se aposte na forma direito como determinação necessária de reivindicações sociais emancipatórias.

### *2.3.1 A racionalidade do direito liberal*

Como é possível produzir previsibilidade para a ação do Estado num ordenamento jurídico repleto de normas materializadas? Neumann afirma que uma ação previsível do Estado, mesmo que opressiva, é preferível a uma ação arbitrária, ou seja, não sujeita a padrões (NEUMANN, 1986:32). Sobre este ponto afirma William Scheuermann:

Ele quer tanto as reformas sociais e econômicas radicais (ambas explicitamente anticapitalistas) e todas as virtudes das normas jurídicas gerais liberais. Neumann tenta não somente mostrar que a igualdade econômica e os padrões jurídicos classicamente liberais são compatíveis, mas que precisam um do outro. (SCHEUERMANN, 1997:101).

A descrição da racionalidade do direito burguês por Neumann que passaremos a expor deve ser lida como uma resposta direta a Max Weber, seu interlocutor explícito. Seu objetivo é demonstrar, contra Weber, que a idéia de perda de sentido do direito é parcial, pois não consegue figurar a tendência emancipatória inscrita no processo de materialização do direito liberal. Se o nazismo é a realização da materialização do direito, ou seja, sua perda de sentido, permanece latente um potencial de racionalidade no direito materializado que aponta para a emancipação da sociedade.

Para resumir o argumento: Weber sustenta que a materialização do direito, ou seja, a incorporação ao direito de conteúdos morais que demandam raciocínios de aplicação centrados em juízos de valor, ameaça a racionalidade do direito. Uma sociedade capitalista demanda calculabilidade e previsibilidade para que as trocas econômicas funcionem a contento. Se o direito não pode mais ser operado, exclusivamente, por raciocínios de subsunção, ou seja, se os aplicadores ganham cada vez mais poder para decidir no caso concreto, a demanda por previsibilidade e calculabilidade corre o risco de não ser mais atendida.

De um lado, o capitalismo exige do direito uma racionalidade formal, a saber, a presença de normas gerais que prevejam, abstrata e antecipadamente, hipóteses de comportamento com suas respectivas consequências jurídicas. De outro, o avanço da racionalidade material coloca em risco esta maneira de regular e, portanto, ameaça a reprodução do capitalismo.

Estas afirmações causaram impacto profundo em Neumann (KELLY, 2003:281). O problema da materialização do direito é central em seus escritos, mesmo durante Weimar, apesar de o debate com Weber não aparecer de forma tão explícita quanto em *O Império do direito*. Para Weber, fique claro, o direito material não é intrinsecamente irracional. Sua racionalidade é medida a partir da perspectiva privilegiada pelo intérprete. Uma sociedade que não tenha como valores centrais calculabilidade e previsibilidade certamente poderia considerar irracional um direito formal. A tese da perda de sentido do direito é afirmada a partir dos valores de uma sociedade capitalista (NEUMANN, 1986:25 e ss).

Neumann discordará parcialmente da tese da perda de racionalidade do direito liberal, apontando para uma modalidade de regulação que Weber não percebera e que foi capaz de promover a combinação entre as racionalidades formal e material sem perda de

sentido. Antes de expor a discordância de Neumann em relação a Weber, é preciso dizer que, como todo tipo ideal, o par material/formal não pode ser encontrado em sua forma pura em lugar nenhum (NEUMANN, 1937:49). Asseverar que existem elementos materiais em um sistema de direito formal não serve para invalidar o par conceitual; antes, confirma seu poder explicativo. Ao longo de sua *Sociologia do direito*, Weber alterna análises concretas com trechos destinados à construção conceitual, mostrando como, em diversos momentos, elementos materiais e formas se encontram combinados em sistemas jurídicos concretos.

Por exemplo, Weber mostra que o direito anglo-saxão, marcado pela racionalidade material, tinha sido capaz de promover o desenvolvimento do capitalismo. Para tanto, contava com mecanismos institucionais que compensavam o espaço amplo de discricionariedade atribuído ao juiz. A existência de um pequeno número deles, bem como de um reduzido número de advogados (dentre os quais eram selecionados os juízes), torna previsível seu comportamento, facilitando a formação de padrões de julgamento (WEBER, 1999).

A discordância de Neumann em relação a Weber refere-se ao fato de que ele não percebeu que a materialização do direito não produziu irracionalidade nos ordenamentos jurídicos da tradição romano-germânica, em que o direito caracteriza-se pelo caráter formal, ou seja, pela regulação por meio de normas gerais. O capitalismo não deixou de funcionar, mesmo diante de uma grande quantidade de cláusulas gerais no texto das normas jurídicas. O espaço de indeterminação que o direito materializado abrisse pudera ser equacionado de alguma maneira. Os procedimentos decisórios que regulam a aplicação das normas sofreram alguma modificação, capaz de gerar maior previsibilidade e calculabilidade, mesmo diante de normas vagas.

O capitalismo continuou a funcionar sob um direito materializado porque os procedimentos de tomada de decisão passaram a *produzir* calculabilidade e previsibilidade. Se o texto das normas torna-se incerto, o procedimento passa a ter a função de compensar a indeterminação. O problema dos ordenamentos jurídicos sob o capitalismo monopolista passa a ser: como construir procedimentos para tornar as decisões racionais?<sup>11</sup>

---

<sup>11</sup> Discordo aqui de HASE & HUETE, 1984. Os autores afirmam que Neumann compreende mal o tipo ideal weberiano do direito moderno ao centrar suas análises nas normas gerais. Não seria esta a característica central do modelo de Weber. Conforme a caracterização habermasiana, endossada pelos autores, o tipo ideal weberiano é definido pelo individualismo que determina seus conceitos.

No campo do direito *racional*, faremos primeiramente uma divisão que não aparece na classificação de Max Weber; a saber, entre direito adjetivo e substantivo. A distinção é simples. Se, por exemplo, o direito substantivo é complicado por formulações obscuras, tal como geralmente é o caso quando falta uma codificação precisa, a calculabilidade das decisões judiciais pode ser assegurada pelo fato de que a organização do aparelho judicial possui uma estrutura particular. (NEUMANN, 1986:30).

O direito substantivo regula comportamentos e o direito adjetivo, procedimentos para a aplicação das normas substantivas.<sup>12</sup> A articulação entre normas substantivas e adjetivas é responsável por imprimir racionalidade ao sistema. O amplo espaço de indeterminação que se configura com a criação de uma norma substantiva vaga (de textura aberta, como se diria hoje em dia) pode ser compensado pela construção de um procedimento decisório rígido. A articulação entre normas substantivas e adjetivas fornece a Neumann base conceitual para pensar uma racionalidade jurídica que não aponte para o passado e seja adequada a seu momento histórico. Pode-se dizer que Neumann antecipa tentativas posteriores de encontrar uma racionalidade procedimental para o direito (PREUß, 2002:97; HABERMAS, 1996) sem romper com o objetivo de alterar a regulação da propriedade dos meios de produção.

Ao identificar a racionalidade do direito liberal como a articulação de normas substantivas e adjetivas (na terminologia atual, normas de direito material e normas de direito processual), Neumann cria um modo de compreender o direito, ao que nos parece, incompatível com a tipologia weberiana. Para Neumann, não importa se a autoridade dotada de poder de decidir tenha recebido um espaço para decisão amplo demais de uma norma jurídica de textura aberta, em sua terminologia, uma cláusula geral. Este espaço de indeterminação pode ser racionalizado por meio de normas adjetivas que regulem o procedimento para tomada de decisão. Os conteúdos externos ao direito que penetram nessa esfera por intermédio das cláusulas gerais (normas morais, normas sociais etc.) passam a ser

---

<sup>12</sup> “1.º Leis substantivas 2.º Leis adjetivas. Estas últimas correspondem ao nome que darei às leis de procedimento, a fim de poder designar por uma palavra correlata as leis principais que geralmente temos de distinguir. As leis de procedimento não podem nem existir nem mesmo ser concebidas sem outras leis que elas mesmas exigem que se observe. Que entende o sentido dessas duas palavras na gramática não pode deixar de entender o significado que lhes darei na jurisprudência” (BENTHAM, 1830:203). “A parte substantiva do direito tem como tarefa direcionar e tornar efetivas as condutas humanas; as leis adjetivas têm como função executar e tornar efetiva a lei substantiva” (BENTHAM, *Pannomial fragments*, Cap. II – Consideranda. Disponível em: <<http://www.la.utexas.edu/labyrinth>>. Acesso em: 6 set. 2005).

incorporados conforme um procedimento. Estão, portanto, sob controle do direito e da sociedade que cria as normas jurídicas por meio de seus representantes.

Compreender este ponto da teoria de Neumann, qual seja o critério que ele propõe para identificar a racionalidade do direito de sua época, é muito importante para que se entenda a razão pela qual Neumann pôde inscrever no direito uma tendência para a emancipação da humanidade. Vejamos: a possibilidade real de perseguir o objetivo de suprimir a propriedade privada dos meios de produção via direito é o que lhe empresta, nesse momento histórico, potencial revolucionário. Esta possibilidade só faz sentido se estivermos diante de um direito racional, ou seja, um direito que possa ser estruturado tendo em vista a realização da vontade de toda a sociedade.

No diagnóstico pessimista de Weber, a materialização do direito formal resulta em sua irracionalidade, ou seja, previsibilidade das normas é completamente suprimida, pois a aplicação torna-se completamente aleatória do juízo da autoridade competente. Num quadro como esse, não seria razoável apostar no direito como uma instância capaz de expressar a vontade da sociedade e efetivar essa vontade nos atos de aplicação.

Neumann sustenta, em sentido inverso, que o direito liberal burguês é a realização parcial do socialismo, ou seja, tem um conteúdo ético que transcende as necessidades do capitalismo (NEUMANN, 1986:256). Esta afirmação pressupõe um direito racional. O direito liberal só pode transcender a si mesmo se, além de ser capaz de garantir liberdade e segurança para todos, permitir a apropriação dos meios de produção com a submissão da distribuição do excedente social à regulação jurídica, ou seja, ao controle da sociedade. Este processo não parece imaginável sem algum grau de previsibilidade na aplicação das normas.

Diante do que foi dito, não faz sentido caracterizar Franz Neumann apenas como um autor pessimista, saudosos da impossível realização de um direito formal.<sup>13</sup> A maior parte dos escritos sobre o autor caracteriza-o assim (COTTERRELL, 1995:176-177; HASE & RUETE, 1984;

---

<sup>13</sup> Embora deixe de fora de sua análise a descrição do direito feita por Neumann em *O Império do direito*, Chris Thornhill não reforça a visão de um Neumann pessimista: “[...] As idéias de Neumann antecipam fortemente os trabalhos do jovem Habermas. As decisões do direito, Neumann argumenta, são parte do arsenal sistemático da dominação capitalista e burocrática. Contudo, essas decisões, igualmente, formam a subestrutura que transforma as necessidades sociais em poder político legítimo, e, além disso, distingue a interação política dos recursos técnicos da troca e da violência. Portanto, como Habermas depois dele, Neumann vê no direito tanto a possibilidade de uma esfera integralmente política – a soberania popular – como o artifício técnico para obscurecer as verdadeiras características dessa esfera” (THORNHILL, 2000:115-116).

KELLY, 2003:285; OFFE, 2002:221-22; RUETE,1986:xxiii; SCHEUERMANN,1997). Tomemos um trecho, exemplar deste ponto de vista, para uma análise mais detida:

Embora reconheça o papel crucial exercido pela soberania insubordinada do Estado na emergência do universo econômico e político moderno, Neumann procura sugerir como ela pode ser domesticada. Na sua visão, a política moderna ainda necessita dos órgãos estatais que detenham um monopólio sobre os instrumentos de coerção (e o direito, diferentemente da moralidade, ainda tem de se apoiar na possibilidade da força implementada pelo Estado), ainda que espere que seu monopólio possa adotar uma forma significativamente mais aceitável do que no passado, e que o Estado não mais precise agir de um modo incompatível com as normas jurídicas gerais, ou sobre e contra um sistema de direito formal cuidadosamente codificado (SCHEUERMANN, 1997:103).

[...]

A concessão de Neumann que a lei geral só pode ter um significado limitado nas estruturas sociais contemporâneas não-homogêneas torna sua posição ainda mais peculiar do que a tentativa de Weber em enfatizar o significado ético das normas jurídicas gerais. E tendo de conceder ainda que hoje o direito frequentemente não pode adotar uma estrutura clássica, a análise alternativa de Neumann adquire qualidades trágicas (SCHEUERMANN, 1997:117).

As supostas “qualidade trágicas” da análise de Neumann decorrem do fato de ele afirmar, na opinião de Scheuermann, que as normas gerais não podem mais exercer um papel importante na sociedade atual e, ao mesmo tempo, reconhecer que isso seria algo desejável para que se pudesse ter algum controle sobre os destinos da sociedade. Por essa razão, Neumann seria saudosos da “estrutura clássica” do direito sem apontar uma alternativa para o processo de materialização do direito.

Discordamos de Scheuermann quanto a este ponto. Neumann não é um trágico. *O Império do direito* tem, certamente, um evidente acento trágico por terminar com uma descrição da ordem jurídica nazista que levou a materialização do direito até o limite da irracionalidade. Também em *Der Funktionswandel des Gesetzes...* encontramos a discussão da falsa generalidade das cláusulas gerais e sua relação com o poder arbitrário, que atinge seu grau máximo no nazismo (NEUMANN, 1937:67). Mas não devemos permitir que a visão do nazismo e o pessimismo do diagnóstico de época neumanniano deixem passar despercebido o critério proposto para identificar a racionalidade do direito liberal. Advogar pela “estrutura

clássica” do direito liberal significaria retroceder alguns séculos na compreensão do funcionamento de direito, reativando a utopia iluminista de construir códigos perfeitos.<sup>14</sup>

Scheuermann vê Neumann como um trágico, pois lê *O Império do direito* a partir do capítulo sobre Rousseau, exagerando a influência deste sobre nosso autor. Scheuermann retira deste capítulo a maior parte das citações que fundamentam sua crítica, sem levar em consideração a descrição neumanniana do direito sob o capitalismo monopolista nem em *O Império do direito* nem em *Der Funktionswandel des Gesetzes...*, texto que poderia levar água para seu moinho. Quando trata de Rousseau, Neumann ainda não está desenvolvendo seu diagnóstico do direito, tampouco pensando nas alternativas institucionais de seu momento histórico.

Como dissemos na introdução a este capítulo, este é um momento abstrato da exposição em que Neumann reconstrói o processo de demagificação da filosofia do direito com a superação da doutrina do direito natural. Apenas posteriormente Neumann irá construir uma análise institucional a partir das intuições filosóficas selecionadas da tradição. O diagnóstico da forma direito sob o capitalismo monopolista é o ponto da exposição adequado para compreender a posição de Neumann em relação às estruturas do direito liberal, mais especificamente as normas gerais.

Neumann, como Rousseau, sustenta que as normas gerais têm um significado restrito no capitalismo, ou seja, que a racionalização do direito não se completou. Apenas com o advento de uma sociedade igualitária o direito liberal realizaria todo o seu potencial racional (SCHEUERMANN, 1997:106). A leitura que Neumann faz de Rousseau na parte II d’ *O Império do direito* (NEUMANN, 1986:126 e ss) sustenta essas afirmações. Mas, como dissemos, este é apenas um momento abstrato da demonstração da tese que Neumann defende. A análise das instituições burguesas em concreto acrescenta novas determinações ao problema e, diante delas, não é razoável imaginar que, em pleno século XX, Neumann compreendesse por “sociedade igualitária” algo semelhante a Rousseau. Como mostra Preuß:

---

<sup>14</sup> Algumas formulações do ideal iluminista incluíam a defesa da abolição dos profissionais do direito – *Gens de Loi*, como dizia Siéyès em seu projeto de criação de júris populares –, bem como da Faculdade de Direito. Os códigos deveriam “falar por si”: sua construção seria suficientemente racional, simples e clara, a ponto de permitir que qualquer cidadão o aplicasse a um caso concreto. Todo o poder político estaria concentrado no Parlamento, local do assento dos representantes do povo. O projeto de Siéyès, por exemplo, fazia de qualquer cidadão um jurado em potencial, abolindo os juízes profissionais da administração da justiça (SIÉYÈS, [s.d.]).

O desafio com que Neumann se confrontou liga-se a este pano de fundo. Pois o problema de todo o teórico do direito do século XX consiste nisso, que eles adotavam a herança rousseauiana em seu conteúdo moral e não podiam, por outro lado, levá-la a sério como descrição sociológica da realidade. O modelo rousseauiano de uma sociedade pré-moderna e agrária – uma sociedade de pequenos proprietários com poucas diferenças sociais e ampla homogeneidade cultural – não podia constituir um modelo para a organização política da sociedade do começo do século XX, compatível com o seu tempo, sobretudo depois do furor do desenvolvimento técnico-industrial, urbanização e desenraizamento social de amplas massas, que receberam novo impulso pela primeira guerra mundial (PREUß, 2002:100).<sup>15</sup>

A norma geral como expressão da racionalidade interna da sociedade, ou seja, como expressão da vontade geral, não dá conta de uma sociedade dividida em classes (PREUß, 2002:100). Neumann toma o argumento de Rousseau sem adotar seu diagnóstico de tempo, seja quanto à sociedade de sua época, seja quanto à configuração do ordenamento jurídico. Por esta razão, dar-se-á ao trabalho de descrever minuciosamente o funcionamento interno do direito liberal sem limitar-se a analisar, em abstrato, a estrutura das normas gerais ou as idéias políticas. A realização completa do direito no socialismo não se identifica com a realização da norma geral em Rousseau, que pressupunha homogeneidade moral entre os cidadãos, além da eliminação dos grupos de interesse (NEUMANN, 1986:126). Em Neumann, trata-se de celebrar as cisões, as diferenças.

Esta análise das afirmações de Scheuermann serve de gancho para apresentar outro ponto essencial da visão de direito defendida por Neumann. Em sua exposição do pensamento de Rousseau, Neumann assevera, muito claramente, que mais importante do que a substância do contrato social é sua forma, ou seja, a idéia de que a justificação do Estado é secular e racional (NEUMANN, 1986:7-8). Esta afirmação encontra sua expressão máxima na caracterização do Estado, em *O Império do direito* e em *Der Funktionswandel des Gesetzes...*

---

<sup>15</sup> Minha tradução. Agradeço a Flávia P. Püschel pela revisão das traduções do alemão. No original: “Vor diesem Hintergrund erst erschließt sich die Herausforderung, der sich Neumann gegenüber sah. Denn das Problem aller Rechtstheoretiker des 20. Jahrhunderts bestand darin, dass sie das Rousseausche Erbe zwar in seinem moralischen Gehalt übernahmen, es als soziologische Beschreibung der Realität hingegen nicht Ernst nehmen konnten. Das Rousseausche Modell einer vormodernen bäuerlichen Gesellschaft – einer Gesellschaft der Kleineigentümer mit geringen sozialen Unterschieden und weitgehender kultureller Homogenität – konnte zu Beginn des 20. Jahrhunderts, zumal nach dem Furor der durch den Ersten Weltkrieg noch einmal vorangetriebenen technisch-industriellen Entwicklung, Urbanisierung und sozialen Entwurzelung breiter Volksmassen kein soziales Modell für eine zeitgemäße politische Organisation der Gesellschaft sein.”



como a contradição entre soberania e liberdade. Um Estado de Direito precisa funcionar de acordo com os interesses de toda a sociedade, conformando e garantindo a cisão entre Estado e sociedade.

Nesse sentido, o livro todo pode ser lido como o processo de desubstancialização do contrato social rousseauiano. Neumann se preocupa em encontrar uma racionalidade para o direito que não pressuponha indivíduos homogêneos e consiga lidar com a complexidade dos monopólios e com a diversidade de grupos sociais, ou seja, com uma sociedade complexa em que a idéia de uma vontade geral pensada substancialmente não parece mais possível. Ao contrário do que afirma Scheuermann, Neumann não adotou uma posição puramente defensiva. Conforme *O Império do direito*, a racionalização completa do direito se dá com a abolição da propriedade privada dos meios de produção, momento em que a vontade da sociedade inteira estará figurada na forma direito. Este processo depende da materialização do direito, mas não corrobora o diagnóstico da perda de racionalidade do direito burguês, antes a pressupõe como sua determinação necessária.

Examinemos, de forma ainda mais concreta, como Neumann vê um caminho racional para o direito materializado. Nosso autor distingue duas espécies de racionalidade das normas substantivas, ou seja, as normas que regulam condutas. Tais normas podem ser *formalmente racionais* caso suas conseqüências jurídicas estejam ligadas a certas características ou a normas gerais abstratas, definidas sem ambigüidades. De outro lado, serão *materialmente racionais* caso sua aplicação seja baseada em generalizações não lógicas ou em normas pertencentes a domínios como religião, ética e política (NEUMANN, 1986:31).

O caso mais freqüente de uma tal racionalidade do direito substantivo é provido pelas cláusulas gerais (*Generalklauseln*) tais como provisões visando a que as decisões dos juízes tenham de ser feitas com base na “boa fé” (*Treu und Glauben* – Seção 242 do Código Civil Alemão); ou que a violação dos “bons costumes” está sujeita a danos (Seção 826); ou que um contrato é nulo se viola os bons costumes (Seção 138); ou que as restrições à livre competição que “não são razoáveis” ou são “contra a política pública” são nulas e estão sujeitas a danos; em todos estes casos as normas jurídicas representam “normas em branco” (*Blankettnormen*) – elas se referem a normas gerais que não são normas jurídicas; isto é, a valorações que só podem ser elevadas à posição de cláusulas juridicamente relevantes pelo método indireto em comparação com as cláusulas gerais (NEUMANN, 1986:31).

Neste trecho, Neumann deixa claro que mesmo as normas substantivas materializadas podem ser racionais. A presença de cláusulas gerais não impossibilita a produção de certeza e segurança jurídica, apenas muda a forma de fazê-lo. A articulação das normas substantivas e adjetivas revela o potencial racional do direito materializado, permitindo que ele conviva com o capitalismo monopolista.

Tal análise fica ainda mais clara se lembrarmos da descrição neumanniana do nacional-socialismo, regime que promove a materialização completa do direito. Sob o nacional-socialismo e sem o direito, o capitalismo só se fez florescer, imerso num espaço completamente aberto para a tomada de decisões economicamente racionais, sem possibilidade de resistência pela sociedade. Este argumento é crucial: o governo de uma pequena minoria facilmente controlável (NEUMANN, 1966), que funda suas decisões em cálculos economicamente eficientes, gera mais previsibilidade para as trocas econômicas do que um Estado Democrático, em que diversos grupos sociais têm o direito de questionar, a cada momento, as decisões dos poderosos. A desapareção da distinção entre soberania e liberdade é potencialmente favorável ao incremento da segurança jurídica e, conseqüentemente, ao florescimento do capitalismo.<sup>16</sup>

A forma direito garante uma esfera de liberdade para os cidadãos que, além de constituir um empecilho para a plena implementação da dominação fascista, permite que a classe trabalhadora, ou qualquer outro grupo que se julgue excluído, organize seus interesses e transforme suas demandas em legislação via parlamento. No caso do proletariado, demandas de natureza redistributiva que ganharam a forma de direitos instauraram, naquele momento, uma contradição no interior do direito burguês, capaz de apontar para a superação do capitalismo.

A identificação desta função ética *transcendente* do direito liberal burguês explicita a insuficiência da construção weberiana, capaz de figurar as mudanças no capitalismo, mas sempre sob a marca da negatividade.

A generalidade da lei e a independência dos juízes dissimulam o poder de um estrato da sociedade; eles tornam o processo de troca

---

<sup>16</sup> Este diagnóstico de Franz Neumann coincide com afirmações de Weber sobre a inexistência de uma afinidade eletiva entre direito e capitalismo (SWEDBERG, 2005:137 e ss). Weber afirmou que os capitalistas não têm uma inclinação muito grande pela democracia: preferem lidar com uma autoridade nos bastidores do que com um grande número de autoridades democraticamente eleitas (idem, ibidem).

calculável e também criam liberdade pessoal e segurança ao mais pobre. Todas as três funções são significativas, e não apenas aquela de tornar o processo de troca calculável, como querem os críticos do liberalismo. Repetimos: todas as três funções são realizadas no período do capitalismo competitivo, mas é importante discriminá-las. Se não se fizer tais distinções, e não perceber na generalidade da lei nada além de uma exigência da economia capitalista, então é óbvio que se pode inferir, juntamente com Carl Schmitt, que a lei geral, a independência dos juízes e a separação dos poderes têm de ser abolidas quando o capitalismo morrer (NEUMANN, 1986:257).

A função ética transcendente da forma direito assenta-se em sua função protetiva, cunhada sob o capitalismo competitivo. A generalidade das leis garante que estas governem e não os homens, afinal, num Estado de Direito todo ato de poder deve ser justificado por uma norma jurídica. Neumann fala, ainda, sob o capitalismo competitivo, da função de dissimulação das leis gerais, que pode ser dita *função ideológica*: o direito ajuda a ocultar a realidade da exploração da classe trabalhadora. Finalmente, Neumann afirma que as leis gerais funcionam também para tornar as trocas econômicas previsíveis (NEUMANN, 1986:213; 1937:37-51).

O trecho que citamos sustenta que estas três funções podem apontar para além de si mesmas em determinadas condições históricas. Como já visto, a direção socialista do “além de si mesmo” de que fala Neumann é inscrita na forma direito com a entrada do proletariado no Parlamento. A organização dos trabalhadores em partidos políticos e sindicatos permite que suas demandas tomem a forma de direitos sociais que visam à redistribuição do excedente social. Este processo desarma a função de dissimulação do direito liberal e coloca a classe burguesa diante do dilema de atender às demandas do proletariado ou abandonar a democracia.

É importante ressaltar que o processo de materialização do direito teve efeitos regressivos claros durante a República de Weimar, que terminou na vitória nazista. Se Weber não percebeu as possibilidades progressistas da materialização, foi capaz de antecipar, como ninguém, seu potencial para destruir o direito. A partir deste resultado, Neumann é capaz de pensar a necessidade de resistir ao poder transformando internamente a forma direito. Na esteira de Weber, Neumann mostra como as cláusulas gerais foram fundamentais para a derrota do proletariado durante a República de Weimar e como foram centrais na estruturação do modo de regulação do não-Estado nazista (NEUMANN, 1986:278 e ss; 1937:63 e ss). A

calculabilidade das trocas permanece funcionando, mas desligada da forma direito. Ela não é mais garantida pela presença de normas gerais que protegem a segurança e a liberdade pessoais, mas por acordos de bastidores entre as lideranças nazistas, como Neumann mostrará em *Behemoth*.

### 2.3.2 A diferença entre legislação, administração e jurisdição

A racionalidade do direito liberal está na articulação entre normas substantivas e adjetivas, capazes estas últimas de compensar a indeterminação das primeiras com a construção de critérios e procedimentos rígidos para a decisão de casos concretos. No entanto, todas estas normas precisam ser aplicadas por órgãos de poder. Alguma autoridade, ou seja, um ser humano ou um grupo deles, será competente para seguir as regras do procedimento e utilizar as normas substantivas para solucionar os casos. Esta autoridade é o primeiro juiz, por assim dizer, do sentido que deve ser emprestado a elas. Mesmo que suas ações estejam sujeitas à revisão por outra autoridade, no limite, será sempre uma determinada pessoa ou pessoas o órgão competente para decidir sobre o sentido de uma norma jurídica, seja ela material ou processual.

As normas jurídicas não são capazes de aplicar a si mesmas. Mesmo que o ato de aplicação seja simples e aparentemente repetitivo, trata-se sempre de inovar o ordenamento jurídico, acrescentando mais um ato de autoridade a uma série anterior (RODRIGUEZ, 2002). Por esta razão, a racionalidade da aplicação das normas abre uma problemática própria, que não se resolve na descrição em abstrato da racionalidade do direito liberal como articulação entre normas substantivas e adjetivas. Trata-se aqui de discutir a especificidade da jurisdição e do ato de aplicação em função de sua configuração institucional.

O problema tem alta transcendência para a ciência do direito.<sup>17</sup> Para propor uma solução para ele, Neumann terá de modificar o conceito kelseniano que excluía o problema da aplicação das normas da ciência do direito. Se este ato é essencialmente político, ou seja, não sujeito a critérios jurídicos, a ciência do direito não pode julgar sua racionalidade. Para o jurista, trata-se de observar de fora os atos de aplicação, sem esperar abarcar sua racionalidade específica. Outras ciências podem figurar esta racionalidade e procurar descrevê-la em termos

---

<sup>17</sup> Para uma discussão contemporânea do problema, veja-se *O direito como sistema autopoiético* de Gunther Teubner, obra que elege a questão da aplicação de normas flexíveis como um teste para sua construção teórica.

de interesses de classe, gênero, etnia, personalidade do aplicador etc. Mas não o direito, a quem está vedado o acesso a uma atividade essencialmente não-jurídica, que não se resolve na aplicação de normas postas por certa autoridade, competente para tal.

Neumann pretende trazer este problema para o interior do estudo do direito e, para isso, precisará incluir nesse campo o estudo do comportamento dos aplicadores das normas determinados pela estrutura social e por suas características pessoais (NEUMANN, 1986:234). Fique claro: mesmo para a ciência do direito, o acesso a estas determinações se dá por meio da pesquisa empírica (NEUMANN, 1986:236).

Aqui a chave para compreender como Neumann procura apresentar a diferença entre legislação, execução e jurisdição. Em *O Império do direito*, não se trata de ligar cada uma destas atividades a um órgão de Estado específico ou a um determinado tipo de autoridade. Também não temos uma delimitação precisa do que caracteriza cada uma destas atividades. Neumann parte do pressuposto de que a aplicação das normas, tanto pelo Executivo quanto pelo Judiciário, é um ato criativo. Por isso, a ação do aplicador é relevante para a ciência do direito: produz direito positivo, não se limita a repetir o conteúdo de uma norma jurídica preestabelecida.

Neumann deixa de examinar detalhadamente a relação entre a norma posta e o ato de aplicação. Veremos adiante o que ele diz sobre o assunto, mas podemos adiantar que suas reflexões não incluem uma teoria da argumentação judicial, apenas a indicação de algumas características desta atividade. A despeito disso, podemos afirmar que, em *O Império do direito*, a diferença entre jurisdição, administração e legislação deve ser compreendida dinamicamente, pelo movimento de todo o sistema jurídico, partindo-se da criação da norma pelo Parlamento até os atos de aplicação pelos órgãos executivos e jurisdicionais. A identificação precisa dos momentos de criação e aplicação se dará *a posteriori*, pela observação de uma série de atos de aplicação pretéritos. Haverá casos em que a edição da norma pelo Parlamento não abrirá muito espaço para a ação do órgão aplicador e outros em que sua indeterminação fará da aplicação uma verdadeira atividade legislativa. De qualquer maneira, trata-se sempre de seguir os procedimentos para a tomada de decisão, conforme as normas substantivas e adjetivas. Manter a separação entre legislação e aplicação se confunde com seguir o procedimento decisório desenhado para cada caso, independentemente do órgão responsável por criar ou aplicar a norma jurídica.

Notemos que esta visão do direito exige um conceito de segurança jurídica que não se resolve apenas no momento de criação das normas. Imaginar o enunciado em abstrato das normas gerais que são capazes de gerar previsibilidade e calculabilidade por si mesmas, neutralizando o momento da aplicação pela precisão de seus termos, é ingênuo e incorreto. Neumann não elabora sistematicamente esta concepção de segurança jurídica em *O Império do direito*. No entanto, podemos adivinhar alguns de seus traços a partir de certos argumentos presentes no livro.

Em certa passagem, o autor afirma que a busca da segurança jurídica completa é um fenômeno da sociedade burguesa, sempre à procura de um ponto de sustentação absoluto com a finalidade de garantir a imobilidade do *status quo* (NEUMANN, 1986, 234). Se combinarmos esta afirmação com a crença de que o direito tem o poder de desestabilizar as relações de uma sociedade iníqua, podemos afirmar que a busca de segurança jurídica total visa à manutenção dos privilégios da classe burguesa. Como afirma Gustav Radbruch:

Podemos nos perguntar se na verdade não é a legalidade que deve ceder o lugar à segurança, se não é a segurança da maioria que é sacrificada por aquela da minoria dos proprietários. Não é a insegurança total da existência, a ameaça do desemprego que se aproxima, a instabilidade de uma semana à outra, que constituem a essência do destino do proletariado? E poderemos concluir que a segurança do direito existente não é suficiente para criar uma segurança verdadeira, mas que é necessário ainda uma transformação do conteúdo em um sentido preciso, em um sentido socialista (RADBRUCH, 1936:98).

É importante notar que Neumann, como Gustav Radbruch, não abre mão, em nenhum momento, do império do direito e, conseqüentemente, da necessidade de segurança jurídica (RADBRUCH, 1999:2004). É essencial para o autor encontrar uma solução razoável para o problema da aplicação que não abra espaço para o fascismo, instaurando a descrença no império do direito, pressuposto necessário da emancipação humana. A segurança jurídica não está na supressão da indeterminação das normas, mas no controle da atividade do aplicador.

Administrar e julgar são atos de aplicação de normas jurídicas. Serão mais ou menos indeterminados conforme o desenho das normas substantivas e adjetivas. A variação deste grau de indeterminação dará o critério para diferenciar administração e jurisdição.

Administrar é agir sobre os indivíduos sem que exista um conflito entre eles. A jurisdição, de outro lado, é a ação do Estado na solução de conflitos entre os cidadãos (NEUMANN, 1986:236). Conforme esta definição, a ação administrativa é dotada de alto grau de indeterminação e a ação jurisdicional de baixo grau indeterminação: “Definimos como disputas administrativas aquelas disputas entre os indivíduos que são *exclusiva ou preponderantemente decididas com base em cláusulas gerais; ou seja, por livre descrição.*” (NEUMANN, 1986:238).

A definição é propositadamente vaga. Neumann não fornece nenhum critério formal que possibilite, *a priori*, diferenciar precisamente jurisdição de administração. A distinção entre as duas funções estatais não é de natureza (como já sustentava Kelsen), mas uma distinção quantitativa. Trata-se de saber o tamanho da indeterminação envolvida em cada ato, mas não em abstrato. É preciso saber, examinando séries de atos de aplicação reais, o grau de liberdade com que o agente público lida com os conflitos que se lhe apresentam.

Juízes e administradores, no limite, estão sujeitos a normas jurídicas, afinal, num Estado de Direito todo ato de poder deve ser referido a uma norma geral, substantiva ou adjetiva. A diferença é que as normas que regulam a atividade dos juízes tendem a atribuir-lhes a competência para julgar conforme o texto de uma lei. Os administradores, de outro lado, têm o poder de mediar interesses sem referir-se a textos de lei que estabeleçam hipóteses de comportamento nas quais estes conflitos devam encaixar-se.

É evidente que juízes realizam atos de administração e vice-versa. Talvez um exemplo ajude a um leitor não familiarizado com o direito a compreender o que estamos dizendo. As comissões de conciliação prévia trabalhistas têm como função promover a composição dos interesses entre as partes para, eventualmente, evitar que o conflito chegue até os tribunais. A atividade do conciliador não é tentar subsumir o conflito em normas gerais, mas promover o diálogo entre as partes para que cheguem a um acordo e, portanto, não se trata de atividade judicial, mas administrativa. Diante do juiz, o conflito sofre outro tratamento. Apesar de haver uma fase conciliatória no processo trabalhista, em que o juiz também atua como conciliador, ao julgar, trata-se de aplicar as normas gerais ao conflito em concreto, ato essencialmente judicial, que foge do âmbito de competência do conciliador.

Retomando o fio da meada, é interessante observar que a distinção entre administração e jurisdição, essencial para o funcionamento de um Estado de Direito, na visão

de Neumann, não tem qualquer garantia *a priori*. Desta distinção, lembremos, depende também a distinção entre legislação e jurisdição. Quando o juiz age como administrador, ele destrói a força das normas gerais, ao ignorar seu texto em favor da ação de mediar os interesses sociais sem o seu intermédio. O texto de Neumann apresenta esta arquitetura como uma espécie de castelo de cartas, garantido, no limite, pela ação de reforma institucional constante fundada na observação permanente do funcionamento das instituições.

Nesse sentido, podemos afirmar que a diferença entre administração e jurisdição é sociológica, ou seja, resolve-se no processo de funcionamento das instituições (NEUMANN, 1986:238); depende da percepção dos envolvidos no processo e da observação constantemente efetuada por pesquisas empíricas. Nesse sentido, é uma diferença *produzida* pelos inúmeros atos de aplicação e pela observação científica dos mesmos pela ciência do direito. Esta encontra aqui uma dimensão empírica destinada a reconstruir os atos de aplicação realizados pelos órgãos de poder, ação que, na verdade, é um dos momentos da descrição do direito positivo. Ora, se considerarmos que os atos de aplicação são criativos e por isso relevantes para a ciência do direito, estamos diante de uma das pesquisas sobre uma das fontes de direito.

A separação entre jurisdição e administração não está garantida de antemão. É algo pelo qual é preciso zelar. A supressão da jurisdição, ou seja, a decisão de todos os conflitos com base *essencialmente* em *standards*, pode resultar na perda da racionalidade do direito. De outro lado, a juridificação de todas as decisões, submetidas a normas e procedimentos decisórios rígidos, pode inviabilizar a ação do Estado em determinados casos em que for necessária uma certa flexibilidade para o administrador. O problema é que esta equação não tem uma solução prévia, mas é um processo em que criação e a aplicação das normas jurídicas assumem configurações variadas conforme o assunto tratado; também administração e jurisdição podem variar seus limites em função do objeto regulado e, mais ainda, em função da passagem do tempo.

Neste ponto da exposição, é importante dizer que Neumann não compreende a separação de poderes apenas como um meio técnico para exercitar o poder. Ela é uma forma de distribuir poder entre os grupos sociais (NEUMANN, 1937:54). O avanço do proletariado sobre o Parlamento durante a República de Weimar provocou um aumento de controle das leis pelo Poder Judiciário e a utilização das cláusulas gerais para frustrar as conquistas sociais, ou seja, o aumento de poder de um grupo social desarranjou o esquema de separação entre os



poderes. A aplicação das normas gerais, marcadas cada vez *menos* pela subsunção do caso a regra, como veremos no item seguinte, cria outra disfunção no esquema tradicional. Se o juiz deixa de aplicar as regras e passa a criar direito, especialmente no caso de normas gerais que contêm cláusulas gerais e abrem mais espaço para sua atuação, a separação entre Judiciário, Executivo e Legislativo entra em crise.

Por isso Neumann procura pensar a ação do Estado para além dessa estrutura e isso não se deve apenas a imperativos de eficiência. O que está em jogo é a própria forma direito, ou seja, sua racionalidade e, com ela, a possibilidade de emancipação. A norma geral e as instituições ligadas a ela dão forma a uma certa maneira de partilhar o poder. Uma nova separação de poderes, ou mesmo uma estrutura que não faça mais referência aos três poderes, em suma, qualquer alteração na forma de regular as relações sociais, envolve uma nova distribuição de poder entre as forças sociais. Pensar a sociedade para além dos três poderes é pensar em maneiras de dividir o poder entre soberano e sociedade, ainda, entre os particulares que se relacionam entre si.

### 2.3.3 *O problema da aplicação e da criação das normas jurídicas*

Neumann aponta para a dificuldade de falar no registro da separação entre três poderes, mostrando como suas fronteiras são dinâmicas e cada vez mais incertas diante do aumento do poder dos aplicadores das normas. É papel da pesquisa jurídica *vigiar* constantemente os órgãos de aplicação tendo em vista possíveis reformas legislativas:

Se descobrirmos, por meio de uma análise sociológica, que uma certa atividade do Estado pertence estrutural e funcionalmente à administração e não à justiça, podemos postular em certas circunstâncias a alocação dessa questão à administração ou aos tribunais administrativos, e não às cortes ordinárias. (NEUMANN, 1986:238).

É preciso cuidado para ler o termo *sociological* que aparece nesta citação. Se considerarmos que pesquisar a ação dos aplicadores do direito nestes termos *não é* fazer ciência do direito, e sim sociologia, estaremos excluindo do campo jurídico o centro de um dos problemas centrais com que o direito visa a lidar. Os juristas terão o papel de descrever a estrutura das normas jurídicas sem investigar sua aplicação. Por exemplo, o estudo da jurisprudência revelar-se-ia externo ao direito, bem como exame do real funcionamento de

todas as instituições responsáveis por aplicar normas. Parece mais coerente com toda a exposição anterior interpretar o termo *sociological* como um *momento sociológico* da ciência do direito; ainda, o momento descritivo da pesquisa dogmática (como em AARNIO, 1991:57). Ainda, para ampliar esta última afirmação com o fim de incluir órgãos de aplicação de normas que não funcionam sob a égide do pensamento dogmático, quando Neumann diz *sociological* refere-se ao momento empírico-descritivo da pesquisa da aplicação das normas jurídicas.<sup>18</sup>

Como já visto, Neumann é obrigado a reelaborar o conceito de ciência do direito para dar conta deste problema. Para incluir a aplicação no âmbito do direito, afirma que a ciência do direito não é apenas a descrição e a sistematização de normas, mas insere o estudo do comportamento de seus aplicadores e destinatários:

A ciência do direito é tanto uma ciência das normas quanto da realidade. Enquanto uma ciência das normas, ela tem como questão o significado objetivo das normas jurídicas. Enquanto uma ciência da realidade, ela investiga as relações entre normas jurídicas, a subestrutura (*Substrat*) social, o comportamento social de sujeitos jurídicos e dos administradores do direito. (NEUMANN, 1986:13).

Não há espaço para explorar aqui todas as consequências desta reformulação do conceito de ciência do direito, que torna problemática a separação entre os domínios da filosofia do direito, sociologia do direito e dogmática jurídica, bem como a separação entre os diversos ramos dogmáticos. Para ficar apenas num exemplo, Neumann dirá que a separação entre público e privado, essencial para a manutenção da forma direito, depende de um exame de toda a ordem jurídica e não pode ser traçada sem a dimensão da aplicação. O Estado decide, em diversas instâncias, quais são os assuntos que devem ficar sob seu controle direto e quais ficam à disposição dos súditos. Portanto, os contornos precisos do limite entre público e privado surgem *a posteriori* (NEUMANN, 1986:21).

Esta maneira de conceber a ciência do direito tem impacto sobre o pensamento dogmático: não é aceitável construir teorias sobre a separação público e privado sem examinar

---

<sup>18</sup> A importância que Neumann empresta à “realidade” do direito, à sua dimensão “sociológica” e à pesquisa empírica é um tema a ser estudado. A presença de literatura realista em *O Império do direito* (por exemplo, Roscoe Pound e Jeremy Frank) e a influência do projeto do Instituto de Pesquisas Sociais parecem ser as duas fontes dessa tomada de posição, coerente com o modelo de marxismo que ele abraça, preocupado em atualizar as teses de Marx para a realidade de sua época. Foge de nosso tema investigar detalhadamente os desdobramentos dessa tomada de posição para seu conceito de ciência de direito e seu significado no contexto da teoria do direito da época.

os vários atos de aplicação pertinentes ao problema. Um dogmático que não examine a dimensão da aplicação faz um trabalho parcial que pode se tornar esquizofrênico caso ignore a efetividade do ordenamento jurídico sob a forma de jurisprudência. Ou seja, caso ignore o direito positivo! Sem pesquisar “sociologicamente” a jurisprudência, não há boa dogmática (v. AARNIO, 1991:57).

Na verdade, o próprio conceito de Estado de Neumann é construído para dar conta do problema da aplicação. Para ele, o Estado tem, de um lado, uma dimensão *jurídica*, o poder de estatuir normas individuais e normas gerais. De outro lado, este mesmo Estado tem uma dimensão *sociológica*: poder de impor suas normas sobre um determinado território (NEUMANN, 1986:23-24). Ele não se reduz ao direito positivado em abstrato, mas se projeta em suas decisões concretas, tomadas pelos poderes e por todas as pessoas, públicas ou privadas, que atuam em seu nome (como universidades, igrejas e corporações, jurados e sindicatos) (NEUMANN, 1986:23).

Em todos os casos, estamos diante do objeto de estudo da ciência do direito. Faz parte do objeto desta ciência investigar empiricamente todos os comportamentos influenciados pelas normas de direito positivo de agentes públicos e privados, e descobrir quais ações humanas estão dentro e fora de sua esfera de influência. Afinal, nem todos os aspectos da reprodução social passam pelo direito.

Retomando a discussão sobre a aplicação das normas jurídicas, é importante ressaltar que Neumann não apresenta em *O Império do direito* uma proposta de discurso para a atividade de aplicar normas jurídicas. Tampouco diferencia um discurso de aplicação administrativa de um discurso de aplicação jurisdicional do direito. Somos informados de que o aplicador jurisdicional não faz apenas subsunção e, portanto, o exame dos atos de aplicação é essencial para compreender o funcionamento dos órgãos jurisdicionais. No entanto, não fica claro como os juízes devem operar o sistema jurídico para que não passem a impressão de agirem como administradores. Também não sabemos que discurso deve utilizar o administrador para justificar sua ação.

O discurso da subsunção permite que o juiz se apresente como aplicador da lei e, pois, alguém que exerce uma determinada função no contexto da separação de poderes. Ademais, fornece à sociedade uma representação clara da função do juiz e, por via de exclusão, da função legislativa e administrativa. Se o discurso da subsunção não fazia mais

sentido sozinho, trata-se de um caso, de um aspecto da aplicação, seria preciso construir uma nova teoria da aplicação das normas que fornecesse ao Judiciário critério para refletir sobre sua própria atividade, além de permitir que a sociedade como um todo identifique que tipo de atividade, afinal, cabe agora a juízes, administradores e legisladores.

Neumann não desenvolve esta linha de investigação, mas deixa algumas pistas. Uma teoria da aplicação das normas que resolvesse levar adiante as análises de Neumann deveria incluir as atividades administrativa e jurisdicional, diante de sua identidade de natureza. Quanto à atividade específica dos juízes e administradores, tratar-se-ia de encontrar critérios para medir o grau de indeterminação de ambos, sempre em comunicação com trabalhos de pesquisa empírica. Não pode haver estudo da aplicação separado dos atos de aplicação e, ainda, apartado da observação da aplicação. Enfim, o estudo da aplicação das normas para Neumann é uma atividade teórica e empírica ao mesmo tempo, preocupada com o funcionamento real das instituições e fundada no pressuposto normativo que afirma a necessidade de manter separadas administração e jurisdição para a manutenção da democracia.

Ora, se o discurso da aplicação como subsunção não funciona mais porque as fronteiras entre os poderes se esmaçaram, a divisão de poder social a que ele está ligado também deixa de ser justificativa convincente para apostar na forma direito. Nasce aqui um problema de legitimação: há um espaço vazio entre a ação de aplicar as normas e o discurso de aplicação que pode prejudicar a aceitabilidade racional do Estado. Os grupos que imaginavam ter seus interesses expressos nas leis aprovadas no Parlamento percebem que este é apenas um momento do processo de criação legislativa que se estende, cada vez mais, para os atos de aplicação. Assim, passa a ser necessário repensar o desenho dos órgãos do Estado e nas formas de participação e controle do processo legislativo.

## **2.4 O conceito de direito**

O direito (*law*), no sentido filosófico, deve ser definido como uma “realidade que tem como sua função servir à idéia do direito (*Rechtsidee*). O conceito de direito (*Rechtsbegriff*) está direcionado à idéia de direito (*right*)”. Por um lado, a idéia de direito contém a demanda por justiça, e, por outro lado, a demanda pela satisfação das necessidades humanas vitais assim como do Estado em várias esferas da vida social. A definição da idéia de justiça é aqui tão irrelevante quanto a sua realização histórica. O que é importante

neste ponto é o fato de que o direito, no sentido filosófico, não corresponde de forma idêntica às necessidades do Estado e da sociedade. Na tensão dialética entre justiça e necessidade reside o principal problema da filosofia do direito (NEUMANN, 1986:12).

O conceito de direito apresentado logo no início de *O Império do direito* é a elaboração categorial de toda a exposição posterior da qual é estreitamente dependente. Aqui, Neumann apresenta, por assim dizer, a estrutura fundamental do direito – sua essência – que resulta do movimento da história, protagonizado pela ação das classes sociais. Vejamos como o texto citado acima se relaciona com a exposição que desenvolvemos ao longo deste capítulo.

Neumann afirma que o direito aponta para além de si mesmo. Trata-se de uma “realidade que tem como função servir à idéia de direito”, ou seja, só existe em forma encarnada, institucionalizada, e no movimento em direção à idéia. Esta “idéia” não é metafísica, mas se apresenta sob a forma de duas demandas: uma demanda por justiça e outra pela satisfação das necessidades sociais e estatais.

A idéia de justiça, diz Neumann, está ligada a cada contexto histórico. Cada momento formulará sua concepção do que seja o justo. Não importa se estamos diante de demandas de natureza material ou ideal; o que importa para Neumann é mostrar que este vetor da justiça está sempre presente. O direito não se reduz à satisfação das necessidades de sociedade e Estado, mas aponta para além de si mesmo na direção da justiça, conforme a formulação daqueles que se sintam injustiçados em cada momento histórico.

Esta estrutura dual tem caracterizado o império do direito desde sempre (NEUMANN, 1986:45). De um lado, reputa-se direito, no sentido *político*, a ordem do soberano, pouco importa seu conteúdo. De outro, há a concepção do direito como *racional* e, nesse sentido, nem tudo o que o soberano diz que é direito será considerado como tal. Para Neumann, trata-se aqui do direito em sentido material ou racional.

O direito *racional*, em sua origem, estava ligado a postulados éticos, externos ao direito positivo. Em determinado momento histórico, esta dicotomia migrou para o interior deste com a institucionalização do império do direito sob a forma de normas gerais (NEUMANN, 1986:46; 1940). Em *Behemoth*, Neumann afirma mais sucintamente: “In the

liberal era the general character of norms is that element which alone embodies reason” (NEUMANN, 1966:441).

“Tudo o que é efetivo é racional, tudo o que é racional é efetivo”, afirma Hegel no prefácio de sua *Filosofia do direito*. Talvez Neumann concordasse com esta afirmação caso a forma direito substituísse o Estado como expressão máxima da racionalidade. Uma breve menção ao capítulo que Neumann dedica a Hegel ajuda a evidenciar este ponto. Ali, Neumann procura demonstrar que a teoria hegeliana do Estado baseava-se em dois pressupostos, ambos questionáveis. O primeiro: o Estado é a realização da idéia. Esta afirmação só pode ser compreendida se o pressuposto for que a época moderna marca o fim da história. No entanto, Marx já propusera uma solução diversa, tão defensável quanto esta, de que a história terminará com a realização de uma sociedade sem classes (NEUMANN, 1986:171). O segundo: dizer que o Estado é a realização da idéia significa afirmar a identidade de interesses entre Estado e sociedade; mais do que isso, que a sociedade tem um interesse unificado coincidente com o interesse do Estado. Este pressuposto não é verdadeiro nem para a época de Hegel, como Marx se encarregou de mostrar e Neumann refuta empiricamente (idem, ibidem).

#### 2.4.1 O direito positivo mede a si mesmo

Na era liberal, o direito natural é positivado, ou seja, torna-se imanente ao direito positivo. De fato, só há direito positivo e, portanto, a dicotomia perde completamente o sentido. Mas isso não significa que tenha sido criada uma situação em que o soberano dite o que é direito sem possibilidade de participação da sociedade na formação de sua vontade ou de julgar as normas criadas.

O direito positivo é dual. Contém em si mesmo o metro capaz de servir de referência para sua correção. Isto será garantido pela forma direito, inventada pela ação das forças sociais. Nesse momento histórico, a demanda por justiça torna-se a demanda pela manutenção da estrutura de regulação pressuposta pelas normas gerais, ou seja, a demanda pela manutenção da forma direito que se funda na cisão entre soberania e liberdade. Esta estrutura fará com que as instituições existentes sejam confrontadas com demandas sociais capazes de levar adiante sua reformulação, conforme os critérios que resultarem das formas institucionais existentes. A forma direito é como o prisma que capta e processa a luz das duas esferas sociais, participando do desenho de suas fronteiras.

As normas gerais sustentam uma dicotomia fundamental, interna ao direito positivo, que não se alimenta de valores transcendentais a ele, mas da relação entre sociedade e Estado, ou, nos termos de Neumann, a esfera de soberania e a esfera da liberdade em relação à soberania. O governo das normas gerais em sua versão liberal exige que o Estado aja de acordo com a vontade da sociedade. As necessidades da sociedade variam com o momento histórico e devem encontrar expressão nas normas que o Estado produz, ao lado de normas técnicas, relativamente independentes do contexto.

Ora, a forma direito instaura e garante a separação entre Estado e sociedade, criando canais para captar a vontade desta em seu devir e transmiti-la para os órgãos do poder. Trata-se de uma estrutura inclusiva e, por isso mesmo, aberta para o futuro, capaz de apreender as novas demandas sociais. A questão não é mais qual é a verdade substantiva que deve orientar a elaboração do direito positivo, mas como construir instituições capazes de ouvir a voz da sociedade.

Neumann não abre mão de um critério para julgar o direito positivo. Trata-se de comparar as demandas sociais emergentes com a estrutura das instituições em funcionamento para, na iminência do conflito de interesses entre classes e outros grupos sociais, produzir uma solução nascida não de critérios transcendentais, mas do conflito social.

O direito segue dual, continua a ter um momento de coerção, que Neumann chama de *político*, e um momento racional, que Neumann denomina “material” ou *racional* (NEUMANN, 1986:45). Mas estes elementos são imanentes ao direito positivo, identificando-se o primeiro com o momento da positivação de uma norma pelo poder soberano – naquele momento histórico, o Estado (*political rule of law*) – e, o segundo, com os mecanismos institucionais que a regulação por normas gerais instituiu, capaz de captar os interesses da sociedade (*material ou rational rule of law*). Apenas a norma criada conforme a forma direito será racional e, por esta razão, o direito não pode coincidir com os interesses de Estado e sociedade. Precisa de algo que lhe escape sempre e se apresente como fora dele, sob a forma de uma demanda por inclusão no sistema.

A possibilidade de que o conflito social se expresse na ação dos órgãos públicos é garantida pelas normas gerais de duas maneiras. Primeiro, elas asseguram que a separação entre sociedade e Estado exista, asseverando a qualquer movimento social a possibilidade de se organizar e articular suas demandas sob a forma de reivindicação de direitos. Segundo,

estas normas pressupõem toda uma estrutura de órgãos estatais destinados a captar e efetivar a vontade da sociedade. A justiça das normas gerais está no fato de que elas funcionam, ao mesmo tempo, como fundamento e meio da possibilidade de justiça numa sociedade secularizada.

A secularização exclui a possibilidade de realização de valores quaisquer senão por meio das estruturas que formam um governo das leis. Para que estas não permaneçam estáticas, para que as instituições se transformem e, por assim dizer, que o direito positivo possa medir a si mesmo, é preciso que as normas gerais instituam uma estrutura dual – sociedade e Estado, liberdade e soberania – que permita que o direito posto seja confrontado com demandas que se apresentem como excluídas do sistema político, articuladas por grupos sociais quaisquer. De novo, o elemento que institucionaliza esta estrutura dual é a forma direito.

#### *2.4.2 O direito positivo como expressão de soberania e liberdade*

É possível compreender melhor o que Neumann entende pela não-identidade entre direito, interesses do Estado e da sociedade, examinando sua explicação sobre a validade das normas jurídicas e retomando o exame do conceito sociológico de liberdade. Quando fala da validade das normas jurídicas, Neumann mostra que elas são uma das formas existentes de regular o comportamento. Ao lado delas, há costumes e normas sociais que são criadas diretamente pelos grupos sociais. Apenas mediante o poder coercitivo do Estado uma norma social ou um costume pode se tornar jurídico (NEUMANN, 1986:11). Este espaço do social que escapa ao direito pode ser visto, em princípio, como espaço não-juridificado, exterior ao direito.

Neumann aponta para uma questão importante: na modernidade, a liberdade, compreendida em sentido formal como ausência de restrições, serviu para ocultar a inexistência da liberdade de escolha efetiva (NEUMANN, 1986:32). Repetindo a crítica marxista clássica, nosso autor mostra que a garantia formal da liberdade serve para ocultar a desigualdade da exploração de classes, dando a ela uma aparente naturalidade.

Na sociedade moderna, diz Neumann, não é possível pensar na liberdade do indivíduo isolado, mas sim no indivíduo em competição com outros indivíduos (NEUMANN, 1986:33). A abstração deste fato cria categorias incapazes de figurar a realidade de uma



sociedade complexa. Assim, para que haja competição entre indivíduos diferentes, ou seja, para que a especificidade de cada ser humano seja respeitada, é preciso que algo sustente esta competição e lhes garanta um espaço livre para a ação: “a liberdade entre indivíduos competindo mutuamente necessita, em primeiro lugar, de certo grau de igualdade” (NEUMANN, 1986:33).

Por esta razão, Neumann dirá que a liberdade jurídica é essencial para que a liberdade em sentido sociológico se realize. O indivíduo só terá liberdade de escolha efetiva entre dois cursos de ação, imerso em uma sociedade marcada por conflitos, se esta liberdade for garantida juridicamente (NEUMANN, 1986:33). O indivíduo nu, sem a garantia da forma direito, está condenado a habitar o reino da violência.

No entanto, a liberdade jurídica não é suficiente para caracterizar um indivíduo como livre. Para ilustrar seu raciocínio, Neumann cita dois exemplos:

Se um empregador oferece a seu trabalhador termos de emprego inadequados, o trabalhador em um sistema liberal tem juridicamente o direito de recusar aqueles termos. Sua decisão de aceitar ou rejeitar é juridicamente uma decisão livre. Contudo, se essa decisão pode ser chamada livre num sentido sociológico, depende de duas condições alternativas: o trabalhador é livre se, do ponto de vista econômico, for suficientemente independente para permitir que seu poder de trabalho permaneça inativo, ao invés de aceitar os termos inadequados; se este não for o caso, sua decisão será livre apenas se ele conseguir uma oferta melhor de outro empregador. Somente sob tais circunstâncias o trabalhador teria a chance de escolher entre duas oportunidades igualmente boas. Se não existem tais condições e ele aceita o trabalho para se salvar da fome, seu trabalho pode ser explorado, e ainda que possua a liberdade *jurídica* para evitar essa situação, não podemos dizer que ele seja livre. (NEUMANN, 1986:34).

O outro exemplo fala da possibilidade de escolha de um indivíduo chamado a votar em um plebiscito sob uma ditadura (NEUMANN, 1986:34). Neumann afirma que o direito moderno, exceto em sua variação fascista, tem se caracterizado por tentar realizar a liberdade em sentido sociológico, protegendo os homens conforme sua especificidade social, ou seja, criando espaços de não-intervenção que permitam a efetivação de escolhas livres.

Por esta razão, por exemplo, a Constituição de Weimar garantia a liberdade de associação para todas as profissões, uma garantia que se dirige ao poder de polícia do Estado

(NEUMANN, 1986:34), mas não se limitava a isso. Vejamos: “Neither the legislature nor the executive have the power to prevent a worker from joining a trade union or from forming a new one with his fellows” (NEUMANN, 1986:34).

A Constituição não se resume a declarar a liberdade de associação, mas também afirma que qualquer contrato celebrado com a intenção de prejudicar os direitos do trabalhador será considerado nulo. Assim, a liberdade de associação ganha validade sociológica: nasce, de fato, a possibilidade de que o trabalhador escolha entrar ou não entrar em um sindicato, sem que os empregadores imponham a ele o dever de entrar ou manter-se fora dos sindicatos por meio do contrato de trabalho.

#### *2.4.3 O direito positivo para além de si mesmo*

A conclusão de Neumann é que a emancipação humana pressupõe a forma direito, apesar de esta não ser suficiente para que isso aconteça. No entanto, ela é essencial para este fim. A realização do direito é a realização da liberdade em sentido filosófico:

A liberdade, em um sentido filosófico, é a possibilidade real da auto-afirmação humana, o fim da alienação de si do homem. A realização desse “conceito concreto de liberdade” inclui as duas outras noções de liberdade. (NEUMANN, 1986:35).

Como ficará claro com a análise das instituições de sua época e fica evidente agora, após nossa reconstrução do itinerário crítico de *O Império do direito*, a liberdade compreendida como o fim da alienação do homem em relação a si mesmo passa pela imanência da forma direito. Trata-se, em outro plano de abstração, da função ética do direito, identificada por Neumann ainda sob o capitalismo competitivo. O direito aponta para a emancipação da sociedade no momento em que o proletariado traduz suas demandas sob a forma da forma direito, tornando explícitas as relações de dominação que controlam a sociedade.

Neste momento, o direito deixa de funcionar como representação alienante e, mais do que isso, evidencia seu potencial de promover o controle dos rumos da sociedade ao expressar a vontade de todos os seus membros. O advento do nazismo explicita, de uma vez por todas, o mecanismo de inclusão de novas demandas, essencial à forma direito, ao realizar o sonho capitalista de matar a sociedade. Sem segurança e liberdade individual, sem direito de

associação e sem os institutos que garantem que os órgãos estatais permaneçam afastados do movimento livre da sociedade, enfim, sem uma série de garantias que imunizem as forças sociais da invasão autoritária do Estado e de ações invasivas de outros particulares, não pode haver sociedade, não pode haver direito e, muito menos, a realização da liberdade.

O direito é resultado da contradição entre Estado e sociedade e, sob a forma da forma direito, aponta para além de si mesmo. Ao formalismo do direito liberal não se deve opor, como quiseram alguns marxistas, a defesa do fim do direito, mas uma outra concepção de direito. Um espaço no interior do qual se define a separação entre a sociedade e o Estado, o público e o privado, e que não permite a dissolução destes pares. Um espaço aberto à inclusão de novas demandas que aponta para a realização da liberdade.

Fora do direito não está o socialismo, mas o reino da força. A barbárie, como nos mostrou o nazismo, é a falta de medida. Celebrar a força pura é apostar na destruição da humanidade. Ou simplesmente eximir-se da responsabilidade diante das consequências de incitar a violência. Será esta a tarefa da teoria? Para isto será preciso intelectuais?

### **3.1 Introdução**

Este capítulo irá utilizar alguns dos resultados obtidos no capítulo anterior para pensar o sentido de uma teoria crítica do direito nos dias de hoje. A exposição funda-se na idéia de que é preciso pensar criticamente as instituições realmente existentes. Se o direito é mediação necessária para a emancipação humana, a tarefa da teoria crítica é defender uma práxis que se dirija para a construção de instituições inclusivas, que favoreçam o controle social da regulação.

Como mostrou Neumann, a separação dos poderes, uma das instituições centrais do direito liberal, é um modo de organizar as tarefas do Estado tendo em vista seu desempenho, mas também é uma forma de distribuir o poder entre os grupos sociais e entre sociedade e Estado. Em sua discussão sobre o direito de propriedade e as posições jurídicas que o compõem, ficou claro que está em jogo em sua regulação a atribuição de poderes a sujeitos variados em função dos interesses influentes sobre a construção daquele modelo de regulação. Assim, pode-se afirmar que qualquer forma de regulação implica uma determinada distribuição de poder entre Estado e sociedade e entre os grupos sociais.

Dáí se conclui haver dois níveis de discussão para uma teoria crítica do direito. O primeiro refere-se à racionalidade do direito; à presença ou ausência da forma direito em determinada sociedade e, conseqüentemente, à possibilidade, em abstrato, de apostar nela como mediação para a emancipação humana. O segundo concerne a cada objeto regulado; trata de modelos de juridificação específicos para cada setor da sociedade. Neste nível de análise, situam-se perguntas como: O que o Estado deve regular diretamente e o que deve deixar para a autonomia privada? Como garantir que todos os interessados sejam levados em conta no processo de criação de normas ocorridos nos vários órgãos de aplicação? Quando o parlamento dá conta da participação e quando é necessário pensar em formas de participação suplementar, no processo de aplicação das normas? (ACKERMANN, 2000:697, BLACK, 2005).

Estes dois níveis de análise se comunicam. A dificuldade em regular a sociedade coloca em risco a racionalidade do direito. Esta pressão se exerce no nível de cada objeto

regulado, diante de cada proposta de auto-regulação que possa significar a mera desregulamentação dos fatos sociais.<sup>19</sup> Para que a teoria crítica se manifeste nos dois níveis de análise, precisa basear-se em descrições detalhadas da regulação dos diversos setores sociais. Seu trabalho é reconstruir o sentido desta regulação e pensar em alternativas institucionais, sempre sob o manto protetor da forma direito; garantia da separação entre soberano e sociedade.

A necessidade de reconstruir constantemente as instituições que regulam a sociedade e pensar a emancipação em função desse processo funda-se na constatação de que a discussão sobre a justiça se localiza nas estruturas institucionais. Como mostrou Neumann, na modernidade, o direito natural só faz sentido pensado institucionalmente. Por esta razão, pensar a emancipação humana é pensar em projetos de juridificação que se refiram a instituições concretas.

O modelo de regulação centrado no direito estatal, ou seja, regulação direta das condutas por um centro de poder unificado, está em questão há tempos na teoria do direito (Faria, 2002). Mas a crise deste projeto de juridificação não precisa ser identificada com a crise do direito *tout court*. A pressão pela auto-regulação exercida ao nível de diversos objetos regulados pode ser pensada como possibilidade de inventar novas instituições que realizem o controle social da regulação, em nível nacional e internacional.

Este processo passa por questionar o Estado nacional como modelo, a regulação por normas de conduta como única possibilidade de regulação efetiva e pela organização dos poderes em seu sentido tradicional. É preciso pluralizar os modos de intervenção do direito, variar a configuração dos órgãos reguladores e mecanismos de aplicação para que seja possível captar as demandas sociais de maneira mais fina e precisa e contar com mecanismos efetivos e eficientes para a regulação dos fatos sociais.

Como veremos adiante, Franz Neumann permite que pensemos na necessidade de construir órgãos com diferentes cargas “executivas”, “legislativas” e “judiciárias”, deixando de lado o padrão da separação de poderes como critério normativo para a construção das

---

<sup>19</sup> Este problema foi caracterizado por Gunther Teubner como um “trilema regulatório”: (a) tendência à indiferença recíproca entre direito e sociedade; (b) perigo de colonização da sociedade pelas leis e (c) desagregação do direito pela sociedade (TEUBNER, 1983. Sigo aqui a reconstrução de FARIA, 1993:130 e ss). A complexidade da sociedade dificulta a regulação; de outro lado, o direito pode destruir a identidade e a autenticidade das relações sociais pelo uso de categorias que deixam de ser abstratas e passam a regular diretamente as diversas formas de vida. Finalmente, a proliferação da regulação de inúmeros objetos específicos faz com que o direito perca em coerência interna e organicidade, dificultando lidar com os conflitos sociais por meio de um conjunto articulado de premissas decisórias. Para outras caracterizações do problema ver, entre outros, NONET & SELNIK, 2001; AYRES & BRAITHWAITE, 1992.

instituições. O direito é o instrumento pelo qual a sociedade pode ouvir as demandas por justiça: é preciso pensar constantemente sua capacidade de captar a voz dos diversos grupos sociais. Este debate não se faz ao nível da forma direito, mas em função dos objetos regulados: direitos econômicos, direitos sociais, direitos da mulher, regulação da discriminação racial etc. A teoria crítica do direito precisa trabalhar nas duas pontas para pretender pensar novas instituições, pois elas não são dedutíveis, diretamente, de princípios de justiça abstratos.

### **3.2 Direito, diagnóstico do tempo e pesquisa empírica**

Neumann faz teoria crítica do direito. Não se trata de buscar um conceito que identifique a essência do direito, mas de figurá-lo em determinado momento histórico, no contexto de um diagnóstico de tempo e em função da possibilidade de transformá-lo. A descrição supostamente neutra de um objeto que não incorpore a liberdade humana de agir sobre o mundo naturaliza o mundo existente. Para evitar esta forma reificada de teoria é preciso incorporar a ela a identificação de tendências presentes na realidade, capazes de fundar projetos de mudança social. Estes projetos, empiricamente plausíveis e muitas vezes contraditórios em seus pressupostos normativos, permitem ver nos seres humanos algo além de meros autômatos. Por esta razão, a possibilidade de agir sobre o mundo deve fazer parte de sua descrição. (HORKHEIMER, 1980; HONNETH, 1999, 2004; NOBRE, 2004; WELLMER, 1971).

Franz Neumann fala do direito em função de um diagnóstico do tempo. Em *O Império do direito* trata-se do direito sob o capitalismo monopolista, ou seja, um momento em que o Estado é capaz de regular os mercados e a sociedade. Num Estado Democrático, os cidadãos podem influenciar a regulação, pois a forma direito é sempre inclusiva de novas demandas. A vigência da forma direito não é um dado natural; depende de comprovação empírica. Não basta postular sua existência ou sua inexistência para que a análise que se segue se justifique. Em um contexto em que a forma direito não esteja funcionando, é claro, pode-se falar do ponto de vista do projeto de construir um Estado de Direito. Mas não se deve falar de forma direito a não ser diante de regras institucionalizadas em estruturas regulatórias que se encontrem em funcionamento.

A tarefa de pesquisar empiricamente o direito não se encerra com a afirmação abstrata de que a forma direito existe e funciona. É preciso descobrir qual a influência do direito sobre o comportamento dos cidadãos em cada setor do ordenamento jurídico. Esta questão aparece apenas esboçada em *O Império do direito* na afirmação de que a ciência do direito é uma

ciência do significado das normas, de sua relação com a sociedade, do comportamento dos destinatários delas e dos responsáveis por sua aplicação (NEUMANN, 1986:13). Além disso, o livro afirma que o direito nunca pode recobrir completamente a sociedade: sempre haverá algo fora dele, pois a coincidência entre os dois significaria a implantação de uma ordem fascista.

Estas afirmações delimitam três campos para estudos empíricos. Podemos ter pesquisas que sirvam à verificação (a) do sentido das normas, (b) da relação entre as normas e a sociedade (destinatários e órgãos de aplicação) e (c) do comportamento dos homens fora da influência do direito.

Todos estes problemas podem ser incluídos na ciência do direito e requerem estudos empíricos, além de análises críticas e reconstruções teóricas que proponham reformas institucionais ou novas soluções técnicas. A construção de teorias sobre a argumentação judicial, sobre o funcionamento de outros órgãos aplicadores de norma, bem como a elaboração de doutrinas sobre qualquer tema jurídico, deve ser feita em diálogo com pesquisas empíricas que dêem acesso aos atos de aplicação das normas. A realidade do direito são suas normas; os atos de aplicação e cumprimento, levados a cabo por autoridades e particulares. A elaboração teórica desta realidade é tarefa da ciência do direito.

Esta tentativa de desdobrar as afirmações de Neumann que estamos fazendo serve para explicitar um pressuposto de toda a sua argumentação: só existe o direito positivo criado e recriado em um processo dinâmico que envolve produção legislativa, atos de aplicação e produção normativa da sociedade via autonomia privada. O fenômeno jurídico precisa ser considerado em todos estes aspectos sob pena de se perder o objeto de vista.

A totalização é sempre um horizonte difícil de ser alcançado diante da inesgotabilidade da realidade social. No entanto, mesmo em estudos focados em um tema restrito e sujeitos a limitações de tempo e recursos, é necessário construir o objeto levando em conta, pelo menos, a reconstrução do sistema do direito posto, ou seja, as normas postas pelo Poder Legislativo e os atos dos órgãos de aplicação. A partir de dados obtidos desta maneira, torna-se possível fazer afirmações ou generalizações teóricas sobre o direito e sobre a forma direito em geral.

Diante das exigências teóricas feitas por Neumann, é difícil identificar quais são as evidências empíricas que sustentam algumas afirmações sobre o direito que encontramos na literatura filosófica atual. Por exemplo, Giorgio Agamben afirma que o estado de exceção tornou-se a regra no mundo atual, querendo dizer com isso que é difícil diferenciar o que está dentro e o que está fora do direito (AGAMBEN, 2002, 2003). Tudo o que podemos encontrar

em seus livros *Homo sacer* e *Estado de exceção* para sustentar empiricamente estas afirmações são menções retóricas à Iugoslávia e à prisão norte-americana em Guantânamo. Não há nenhuma preocupação em examinar o ordenamento jurídico positivo, os atos de aplicação e as instituições dos diversos países, blocos e regiões que compõem o “mundo atual”, espaço em que o estado de exceção teria se tornado a regra. Claro, se suas afirmações se referirem ao direito internacional, podem ter algum poder de figuração, mas, neste caso, seriam completamente irrelevantes como diagnóstico, já que é senso comum entre os juristas a dificuldade de classificar as regras e práticas estudadas pelo direito internacional como “direito”.

Nesse sentido, mais prudente é Judith Butler (2003) ao externar seu receio de que o padrão de funcionamento de Guantânamo venha a se tornar a regra, deixando em aberto qualquer diagnóstico mais pretensioso sobre o Estado do Direito no mundo atual. Aparentemente, o perigo do estabelecimento deste abominável padrão havia sido afastado pela Suprema Corte norte-americana no julgamento de *Hamdan v. Rumsfeld, Secretary of Defence et al.* A decisão colocara um fim no *status* de exceção da prisão ao afirmar que ali se aplicam a Convenção de Genebra sobre prisioneiros de guerra e as leis norte-americanas, inclusive a que prevê direito ao *habeas corpus*. A reação do Governo norte-americano foi elaborar uma lei que regulamenta a ação das comissões militares, fazendo menção expressa à decisão da Suprema Corte. O “Military Commissions Act”, aprovado pelo Senado dos EUA dia 28.10.2006, ora aguardando sanção presidencial, não garante aos detidos acesso ao *habeas corpus*, afirma o direito de deter indefinidamente qualquer pessoa que tenha tomado parte em ações hostis aos EUA e contém outras medidas autoritárias, como a imunidade para aqueles que torturaram detentos capturados antes de 2005 pelos militares ou pela CIA. Com essa ação, o Governo Bush segue coerentemente sua trajetória autoritária, frontalmente contrária às instituições que caracterizam o Estado de Direito.

### **3.3 Racionalidade procedimental: legislar, administrar e julgar**

O direito liberal, no diagnóstico de Neumann, é capaz de regular procedimentalmente, ou seja, combinando normas materiais e normas processuais, abertas ou fechadas. Sua racionalidade não se define pela presença majoritária de normas fechadas de conduta; normas que contenham padrões abstratos de comportamento e sejam aplicadas por subsunção. Sua concepção da racionalidade do direito, ao romper com o par conceitual weberiano



racional/material, revela um novo padrão de funcionamento do direito, a que denominamos *procedimental*.

Esta racionalidade procedimental se revela no exame das atividades, legislativa, administrativa e jurisdicional, bem como na descrição da atividade de aplicar as normas jurídicas. Como já visto no capítulo anterior, Neumann concebe essas três atividades, como um processo dinâmico que deve ser permanentemente observado pela pesquisa jurídica empírica, cuja função é explicitar e criticar a presença de arbitrariedade na aplicação das normas. Além disso, nenhuma das três atividades é ligada a um órgão em particular e seu recorte preciso só se obtém *a posteriori*, pela observação de uma série temporal de atos de autoridade. Na verdade, legislação, administração e jurisdição podem, todas elas, ser descritas como atividades que se definem por diferentes maneiras de articular normas substantivas e normas processuais.

A atividade legislativa é regulada por normas que atribuem competência para que uma autoridade crie normas abstratas por meio de um procedimento. Visa a resolver conflitos futuros por meio de normas abstratas que devem ser aplicadas por outra autoridade à vista de casos concretos. As funções administrativa e jurisdicional consistem em aplicar normas a casos concretos. A primeira consiste na aplicação de, essencialmente, normas abertas (*standards*). A segunda, via de regra, de normas fechadas. O âmbito de atuação dos órgãos que exercem ambas as funções é definido pela articulação de normas que regulam seu proceder, impondo-lhe certas condutas. Por exemplo, para os órgãos administrativos, há regras que disciplinam as licitações, contratos administrativos, regras orçamentárias etc. De outro lado, para os órgãos jurisdicionais, há as regras do Código de Processo Civil e Penal e regras processuais contidas na Consolidação das Leis do Trabalho, Lei de Execução Fiscal etc.

É importante deixar claro que todas as normas (abertas ou fechadas, materiais ou processuais) dependem de interpretação: seu sentido não é pré-constituído, não se dá antes do ato de aplicação. Antes de um ato de aplicação singular, localizado no tempo, temos a história acumulada dos sentidos atribuídos àquela norma, ou seja, os atos de aplicação anteriores registrados pelo ordenamento jurídico. Mas essa história não é coercitiva, tampouco é suficiente para solucionar *um determinado* caso concreto sem a mediação do intérprete-aplicador. A história das interpretações, os precedentes, os casos anteriores, nunca são suficientes para dar conta da complexidade social. Sempre surgem casos novos que obrigam os órgãos aplicadores a interpretações novas, que introduzem rupturas na narrativa que constroem ao longo do tempo (RODRIGUEZ, 2002). A despeito disso, normas abertas e

fechadas recortam espaços diferenciados de indeterminação em razão de sua enunciação para a ação do sujeito competente pelo ato de aplicação.

Normas abertas contêm termos vagos e propositadamente imprecisos (v.g., “boa-fé”) e normas fechadas procuram descrever fatos ou situações jurídicas que se verificam na realidade (v.g., “Matar alguém. Pena de x a y anos”; “O filho é o herdeiro legítimo”) com a maior precisão possível. É claro, podemos ter situações intermediárias de normas mais abertas ou fechadas, conforme sua construção. A utilização destes espaços dependerá da característica dos casos concretos e, ao longo do tempo, reconstituindo a história institucional daquele órgão de aplicação, será possível buscar padrões na aplicação das normas. A reconstituição constante da história institucional é essencial para a pesquisa e para a operação do ordenamento jurídico.

Enfim, Neumann nos apresenta três resultados interessantes: (a) a concepção das funções estatais desligadas de órgãos específicos e (b) marcadas pela indeterminação relativa de suas fronteiras, conforme a articulação construída, em cada caso, entre normas substantivas e processuais que desenharam as três funções, o que resulta (c) em uma atividade de aplicação das normas caracterizada por maior ou menor indeterminação conforme a enunciação das normas a serem aplicadas (abertas ou fechadas) e o procedimento para aplicação, atividade esta que precisa ser permanentemente reconstruída para que se possa controlar sua maior ou menor discricionariedade, tendo em vista possíveis reformas institucionais.

O desligamento dessas atividades de órgãos específicos e a visão da atividade de aplicação e criação normativa como resultado da articulação entre normas processuais e normas de conduta permitem que vejamos o Estado como composto de uma série de órgãos competentes para realizar as três atividades, conforme a articulação das normas substantivas e processuais construída especificamente para regular determinado objeto. Neumann nos permite sair de uma teoria dos três poderes e pensar em uma teoria da regulação que varie seu instrumental conforme os objetivos a serem regulados em cada caso.

Em vez de pensar em três poderes, podemos passar a raciocinar em termos de regulação mais ou menos flexíveis, ou seja, modelos mais ou menos “legislativos”, “jurisdicionais” ou “executivos” pensados em função de cada objeto de regulação. Para regular fatos sociais estáveis e repetitivos pode ser mais adequado editar normas de conduta gerais, abstratas e fechadas. Para objetos mais dinâmicos, pouco afeitos à normalização em padrões estáveis, é mais adequado adotar outro padrão regulatório marcado por normas mais flexíveis ou princípio, aptas a dotar a autoridade de um espaço de ação indeterminado que não frustre a tutela jurídica e, assim, garanta sua previsibilidade (SILVEIRA, [s.d.]; MACHADOc,

2004:116-120). Nesse sentido, pode-se afirmar que há casos em que a regulação por princípios produz mais previsibilidade do que a feita por regras gerais, abstratas e rígidas (nesse sentido BRAITHWAITE, 2002; BALDWIN, 1990; COLLINS, 1999). Como já visto, a combinação adequada de normas substantivas e processuais pode criar previsibilidade mesmo diante de normas abertas.

Muito da desconfiança de alguns teóricos em relação ao direito deve-se a incompreensão desta racionalidade procedimental. Há instrumentos de regulação que prescindem da estrutura da norma de conduta (*Se A é, então deve ser B*) e atuam por meio de normas flexíveis cujo grau de indeterminação pode ser compensado com a criação de um procedimento de decisão mais rígido. O pressuposto de que “a norma precisa de uma situação média homogênea” (AGAMBEN, 2002:23) aplica-se apenas às normas de conduta abstratas, gerais e rígidas. Afirmar a incapacidade do direito de regular o que quer que seja com base em uma crítica a esta espécie de norma é dirigir objeções a um direito formal que, pelo menos desde o início do século XX, deixou de existir. Na verdade, aqueles que supõem que o direito contemporâneo só é capaz de regular “situações médias homogêneas” dirigem suas críticas ao tipo ideal do direito formal e não os ordenamentos jurídicos em concreto. Este estranho movimento que critica um tipo ideal como se estivesse criticando o padrão de funcionamento do ordenamento real é sintoma da falta de fundamento empírico de análises; construídas sem o exame das instituições reais.

Evidentemente, este modo de ver a regulação coloca muitos problemas para o controle da ação dos órgãos de poder. Sob um Estado de Direito, todo ato de poder deve ser referido a uma norma jurídica. Estas normas podem ser abertas ou fechadas, materiais ou procedimentais. Controla-se o poder comparando sua conduta às normas que regulam seu ato. Quanto mais os órgãos de Estado atuam como órgãos normativos ou administrativos, ou seja, criam regras ou resolvem conflitos com base em normas abertas, mais difícil é controlar seus atos cobrando deles a aplicação dessas normas. Afinal, estas normas são abertas justamente para permitir que o poder aja num espaço indeterminado.

O controle de atos praticados nestas condições é mais eficaz no nível do procedimento e não comparando o ato já realizado com uma norma abstrata que o fundamenta. Podem-se propor procedimentos para o preenchimento do sentido destas normas que envolvam a construção de órgãos colegiados, consulta a conselhos, representantes da sociedade civil etc. Em qualquer caso, os sentidos que se podem atribuir às normas são sempre mutáveis, apesar de poderem se estabilizar em função da construção de procedimentos mais ou menos rígidos.

Outra dimensão deste problema, como vimos no capítulo anterior, é a divisão de poder entre os grupos sociais pressuposta por uma forma de organizar o Estado que não se baseia mais na separação de poderes. Se a representação no parlamento não tem mais o significado que se imagina, é preciso recolocar em questão a estrutura dos órgãos de participação no processo legislativo.

Perceba-se: é preciso pensar caso a caso, modelo de regulação por modelo de regulação. Se o modelo de regulação proposto no parlamento for aberto demais, coloca-se mais agudamente o problema do controle e da participação na ação dos órgãos competentes para aplicar/criar normas jurídicas. O debate parlamentar passa a ser um momento limitado e, muitas vezes, menos importante da definição da regulação dos fatos sociais, que se resolverá quase que completamente, em outro momento.

Pensar com radicalidade o problema da indeterminação do direito significa colocar em cheque a separação dos poderes em sua forma clássica, como já vimos. Além disso, permite separar com clareza dois momentos no processo de juridificação dos fatos sociais. O primeiro ocorre no parlamento com a escolha de um modelo de juridificação mais aberto ou mais fechado. O segundo acontece no momento em que o modelo começa a funcionar de fato. No caso dos modelos mais abertos, esse é o momento crucial da criação normativa, delineada pelo parlamento em linhas imprecisas. Todo este processo, segundo Neumann, deve ser vigiado pela pesquisa empírica para que se cheque se os modelos de juridificação estão funcionando, de fato, sob a racionalidade da forma direito, ou seja, se não estão atuando arbitrariamente.

O desenho das instituições deve ser pensado, como vimos, não apenas como um instrumento de técnica administrativa, mas também como meio de distribuição de poder entre Estado e poder privado e entre os grupos sociais. Parte do poder de regular fica com o Estado, parte é atribuído à autonomia privada, sob certas condições. Deve-se pensar como controlar Estado e autonomia privada e como promover a participação de todos os interessados no processo de formação das normas jurídicas. Para além dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, é preciso pensar no desenho das instituições e em seu controle caso a caso. Ainda não dispomos de uma boa imagem macroscópica da configuração do Estado nesse novo registro. Trata-se de uma nova separação de poderes ou será preciso construir outra figura?

### 3.4 Para uma teoria crítica do direito

#### 3.4.1 Pesquisa empírica, alternativas institucionais e projetos de juridificação

Não há crítica do direito sem análise das instituições reais, ou seja, sem pesquisas empíricas que as sustentem e informem propostas normativas de reforma. Neumann deixa muito claro que a crítica ao direito deve estar fundada em evidências empíricas. Para criticar o direito é preciso fazer-se jurista, ou seja, reconstruir internamente o sentido daquelas instituições que se reproduzem referindo seu comportamento a normas jurídicas. Sua crítica ao direito liberal articula-se a um diagnóstico do direito de sua época e orienta-se pela emancipação, cujo instrumento institucional é a possibilidade de modificar a regulação do direito de propriedade. É possível apropriar-se socialmente dos meios de produção via direito, diz Neumann, com a criação e a aplicação de normas que sujeitem a propriedade privada aos desígnios dos cidadãos.

Apesar de afirmar tudo isso, Neumann não chega a mostrar quais formas de regulação seriam mais ou menos adequadas para atingir a emancipação da humanidade. Sua crítica não inclui alternativas institucionais para os diversos setores do ordenamento jurídico, a despeito de ele estabelecer critérios gerais para julgar as instituições: arranjos institucionais inclusivos que favoreçam o controle social devem ser preferidos àqueles que privatizam o poder de qualificar juridicamente os fatos sociais. Em *O Império do direito* Neumann trata da forma direito em abstrato sem propor nenhuma estrutura regulatória específica. Diante desse fato, podemos perguntar: o livro não o faz por que isto foge de seu objeto ou por que entende que esta não é a tarefa de uma teórica crítica do direito?

Tendemos a optar pela primeira resposta. O objetivo de *O Império do direito* não era examinar em detalhe a regulação da propriedade privada, dos contratos, do trabalho etc. O livro dedica-se a construir um modelo de regulação procedimental para afirmar a racionalidade do direito sob o capitalismo monopolista e a propor um critério para a crítica: o projeto de obter o controle social dos meios de produção via direito, ou seja, a inclusão da sociedade no processo de definição dos contornos da propriedade privada. É claro que a realização deste projeto incluiria a regulação de diversos aspectos da propriedade, específicos de cada mercado. Afinal, não existe “a” propriedade, mas “propriedades” de bens móveis e imóveis; empresas, ativos financeiros, posições contratuais etc. Forçando um pouco os termos, poderíamos dizer que um projeto de juridificação emancipatório deve incluir uma

proposta de regulação de todos os bens com valor econômico em função dos interesses sociais.

Neumann delimita este problema abstratamente e, como já visto, em sua análise da propriedade privada, aponta a necessidade de descer aos detalhes da regulação. O resultado de sua análise é mostrar que a propriedade privada é um complexo de direitos (ou posições jurídicas v. HOFELD, 1919 e LUMIA, 2003) que podem ser atribuídos a titulares diferentes. Neumann desnaturaliza a ligação entre a pessoa do proprietário e a posse, o controle e o benefício econômico que se pode obter com a utilização do bem. O proprietário pode ser titular da propriedade, mas não estar de posse do bem (entregue a um empregado) ou exercer o controle direto sobre sua exploração (tarefa de um administrador) e, mesmo assim, beneficiar-se dos lucros obtidos pela atividade econômica. O resultado é a constatação de que nada na técnica jurídica impede que, por exemplo, os lucros sejam divididos entre proprietário, empregado e administrador.

Esta característica do direito de propriedade que, lembremos, é necessária para a realização dos negócios capitalistas permite pensar em formas de regular que promovam distribuição de lucros e controle da produção sem expropriação do proprietário. Assim, de um modelo de regulação da propriedade nascido para facilitar os negócios nasce a possibilidade de construir uma outra maneira de regular que favoreça o controle social da propriedade privada. Neumann não chega a propor nenhum regime jurídico em concreto, mas cumpre a tarefa de desnaturalizar a ligação entre direito de propriedade e proprietário e apontar potenciais emancipatórios para futuros desenhos institucionais, sempre a partir da realidade das instituições que tinha diante de si.

A defesa de alternativas institucionais decorre da posição teórica de Neumann. Afinal, se o direito positivo passou a ser a arena de luta pela emancipação, pois o direito natural transmutou-se em instituições desenhadas e reguladas pelo direito (não necessariamente estatal, diga-se, mas coercível, aplicável obrigatoriamente pelo Estado ou outro órgão de poder), a luta social se faz também pela disputa entre modelos institucionais, ou modelos de institucionalização, além da defesa da auto-regulação.

Para sermos mais específicos, vamos falar em *projetos de juridificação*. Assim, para nossos fins, as forças sociais que se digladiam pelo poder político, econômico e social, cada uma, tem seu projeto de juridificação dos fatos sociais. Determinados agentes sociais podem defender a *auto-regulação* de seus interesses e outros a *heterorregulação* pelo Estado; ainda, pode haver modelos mistos.

O debate sobre a *lex mercatoria* pode ser descrito como o embate entre dois projetos de juridificação. O primeiro defende que as empresas tenham liberdade para qualificar juridicamente sua conduta e aplicar as normas em função apenas de seus interesses, sem intervenção de Estados ou sociedade nacionais. O outro projeto defende a necessidade de estabelecer limites sobre a qualificação jurídica da conduta das empresas por meio de normas obrigatórias que levem em conta os interesses de terceiros, eventualmente afetados pelos negócios realizados pelas empresas.

Do mesmo modo, o debate sobre a *responsabilidade social de empresa* é o embate entre projetos de juridificação que (a) desejam que toda a questão social seja auto-regulada pelas próprias empresas ou (b) desejam estabelecer a hetero-regulação da questão social em função dos interesses dos cidadãos. A adoção do discurso da responsabilidade social da empresa pelas companhias multinacionais pode ser explicada como uma reação a tentativas de responsabilização daquelas em cortes nacionais em função de abusos ocorridos em países pobres e de Terceiro Mundo. Como reação à tentativa de juridicizar seu comportamento com fundamento em leis nacionais como a dos Estados Unidos, estas companhias passaram a se preocupar em criar regimes auto-regulados para coibir seus próprios abusos para dar satisfação à opinião pública mundial (SHAMIR, 2004). Apesar de sua efetividade ou não em proteger os trabalhadores e consumidores, podemos ver, neste caso, dois projetos de juridificação em disputa.

Evidentemente, estes dois exemplos só servem apenas para ilustrar o que estamos dizendo: seria necessário pesquisar no detalhe as diversas posições dos agentes sociais envolvidos em cada um desses embates para descrever acuradamente os projetos de juridificação em conflito. Mas, enfim, o que está em jogo no direito não é apenas uma racionalidade técnica, voltada para a eficiência do instrumento regulatório. Esta “eficiência” está em função de projetos de juridificação variados, defendidos tanto no plano da produção normativa pelo parlamento quanto no nível dos atos de aplicação. Afinal, como nos ensina Neumann, o desenho das instituições pressupõe certa divisão de poderes entre os grupos sociais e entre a sociedade e o Estado.

Há projetos de juridificação concertados e coerentes que obedecem a uma estratégia predefinida e projetam seus objetivos no tempo. Outros resultam de movimentos espontâneos, cujo sentido se percebe apenas com a reconstrução dos fatos pelo pesquisador. Há também grupos que simplesmente recusam o direito como estratégia de luta e buscam outras maneiras de fazer valer seus pontos de vista. De qualquer maneira, a atividade crítica, segundo Neumann, inclui a disputa nesse campo: os juristas críticos devem identificar, analisar e

propor modelos de juridificação, partindo da premissa de que a regulação é contingente, que pode ser construída em função dos efeitos que se desejam obter, sempre em relação cada objeto regulado. Não existe modelo regulatório eterno. Mostrar isso é uma tarefa crítica.<sup>20</sup>

O ato de desnaturalizar um modelo regulatório existente, evidenciando que se trata de um *projeto* entre outros, não esgota a atividade crítica. É preciso avançar na proposta de projetos alternativos com o fim de aumentar o controle social sobre a regulação.<sup>21</sup> Isso não significa, necessariamente, defender a heterorregulação pelo Estado em todos os casos. A auto-regulação sujeita a certos critérios pode funcionar melhor para regular determinados objetos. O problema é: quem escolhe o regime de regulação? Quem tem o poder, em última instância, de definir o modelo regulatório a se adotar e como se dá seu controle pela sociedade? O poder privado deve ter poder de criar normas sem controles e limites? Da mesma maneira, o Estado deve ser competente para regular cada detalhe da vida social?

Para Neumann, respeitados os limites que garantem a separação entre sociedade e Estado, ou seja, mantida a tensão, pode-se pensar em vários arranjos nascidos sempre de uma escolha protagonizada pela sociedade via os canais de participação no processo de criação normativa. É importante ressaltar que, em *O Império do direito*, a emancipação é identificada com o aumento do controle social sobre os meios de produção, daí a ênfase que o autor empresta ao exame da regulação da propriedade privada. Insistimos: para serem coerentes com a posição teórica de Neumann, as propostas institucionais emancipatórias precisam ser articuladas caso a caso, setor por setor, mercado por mercado, assunto por assunto, conforme

---

<sup>20</sup> V. entre outros COUTINHO, 2005, para a regulação das telecomunicações; CUNHA, 2003, e CUNHA et al., 2005, para acesso à justiça; MACHADOa, 2004 e MACHADOb, 2005, para o direito penal; MATTOS, 2004, para agências de regulação; MENDES, 2004, para o orçamento participativo; ROCHA, 2004, para o Banco Central; PENTEADO, 2006, para direito dos contratos; PRADO, 2005, para grupos societários; PÜSCHEL, 2005, para responsabilidade civil; RATTON, 2004, para a Organização Mundial do Comércio; RODRIGUEZ, 2003, para o direito do trabalho.

<sup>21</sup> Falando sobre os grupos societários, Viviane Muller Prado afirma: “Passados 29 anos da vigência da lei 6.404/1976, necessária uma análise crítica do modelo não-definitivo sobre grupos societários, principalmente porque se constata que as maiores empresas com atividades no Brasil organizam-se na forma de grupos econômicos. O objetivo deste estudo é retomar pressupostos da legislação grupal brasileira, compará-la com as estruturas empresariais nacionais atualmente existentes e, tendo em vista os resultados, indicar primeiras considerações para se pensar o Direito Societário a partir da realidade dos grupos” (PRADO, 2004: 5). Prado não se arrisca a propor um modelo alternativo ao atual porque não está diretamente preocupada com considerações sobre a emancipação humana. Uma das razões pelas quais não propõe um modelo é a falta de pesquisas empíricas que poderiam servir de base para projetos alternativos (PRADO, 2004: 20). A busca de dados empíricos como base de suas análises revela-se em outros trabalhos da autora como PRADO & BURANELLI, 2006. De qualquer maneira, este impulso para a pesquisa empírica que surge entre juristas, ou seja, a preocupação em fundar empiricamente suas análises jurídicas e eventuais propostas, bem como seu esforço para desnaturalizar o modelo regulatório adotado em nosso país, abre espaço para o pensamento crítico. Neste caso, restaria a difícil tarefa de pensar a emancipação diante do fenômeno societário. Mas este é outro problema.



cada forma de institucionalização, respeitada a tensão entre sociedade e Estado e a inclusividade da forma direito.

Como vimos, a análise da propriedade por Neumann visou a abrir espaço para a construção de alternativas institucionais emancipatórias. Assim, é tarefa crítica estudar as estruturas regulatórias que se costuma investigar em matérias como direito civil, direito comercial, direito societário, direito econômico, direito do trabalho etc. para descrever e analisar detalhadamente todas as instituições.<sup>22</sup>

Se avançarmos para o exame de dois textos tardios de Franz Neumann, *O conceito de liberdade política* de 1953 e *Angústia e Política* de 1957, a mesma utopia do controle social sobre a regulação está presente, mas no contexto da regulação dos órgãos de Estado. Neumann nunca abandonou a crença na necessidade de manter a forma direito funcionando, pressuposto básico de qualquer regime que se defina como democrático e determinação necessária da construção do caminho que leva à emancipação humana.

Em *O conceito de liberdade política*, texto que retoma as questões de *O Império do direito*, esta defesa ganha uma nova formulação, pois se dá em um outro contexto, os Estados Unidos da América. O texto tem como objetivo central abordar alguns “novos fenômenos” (NEUMANN, 1957:188) que chamavam sua atenção por colocarem em perigo o funcionamento da forma direito. Tais fenômenos consistiam em medidas legais que promoviam restrições aos direitos fundamentais em nome do combate ao comunismo. Surpreendentemente para Neumann, estas medidas eram “aparentemente constitucionais” (NEUMANN, 1957:188).

Nosso autor irá se perguntar por que estas medidas legais teriam surgido e qual o papel da teoria no esforço de garantir a manutenção da forma direito. A apatia dos cidadãos, resultado de sua alienação em relação ao poder político, é o problema que Neumann aponta como responsável pela situação que então se configurava. E a função da teoria, ao que tudo indica, é acusar a presença deste fenômeno e mostrar como a forma direito é essencial para a realização da liberdade.

O que deve fazer um teórico diante de uma situação como essa? Que estratégia tomar? Logo no início do texto, Neumann afirma que a teoria não deve ser a racionalização das relações de poder atualmente existentes, limitando-se a descrever e determinar os limites

---

<sup>22</sup> Em CAMPBELL, 1997, temos uma defesa apaixonada da necessidade de propor alternativas para a regulação dos diversos setores da sociedade, aprofundando as conquistas do Estado de Bem-Estar Social. Em sua avaliação, esta é a única maneira de o socialismo sair da irrelevância em que se encontra mergulhado. Sua análise inclui uma extensa revisão da obra de Marx, julgada incapaz de dar conta do capitalismo em sua configuração atual (v. CAMPBELL, 1996).

da ação do poder político em relação aos cidadãos (NEUMANN, 1957:160). Ao agir assim, ela apenas reafirma a alienação do cidadão em relação ao poder.

Essa posição expressa, na maioria das vezes de forma involuntária, a alienação política do homem contemporâneo: o fato de que o homem considera o poder político como sendo uma força que lhe é estranha, uma força que ele não pode controlar e com a qual ele não pode se identificar, e que na melhor das hipóteses pode ser pobremente compatível com sua existência (NEUMANN, 1957:160).

Momentos conturbados, marcados por conflitos e incertezas, são propícios para a difusão de teorias supostamente realistas que consideram o ser humano como egoísta e mau e reduzem todos os fenômenos à manipulação de técnicas para conquistar o poder. Neumann afirma que a teoria precisa ser mais do que isto. Deve colocar-se a serviço da realização da liberdade política. A teoria será crítica apenas se perseguir este objetivo, evidenciando para os cidadãos que o poder político não é algo alheio a ele, mas que depende de seu engajamento ativo para funcionar em favor da liberdade (NEUMANN, 1957:162).

Sua teoria crítica da liberdade política retomará, em grande parte, a análise da liberdade de *O Império do direito*. De novo, Neumann afirma que liberdade em sentido jurídico é condição necessária, mas não suficiente da realização da liberdade. Neumann mostra, de novo, a importância dos direitos civis, que estabelecem “uma presunção em favor dos direitos dos indivíduos e contra o poder coercitivo do Estado”. O Estado pode intervir nesta esfera, mas deve provar ter poder para fazê-lo fundando sua ação em uma norma jurídica (NEUMANN, 1957:163). O alvo de nosso autor é mostrar a importância destes direitos e, apenas em segundo plano, a emancipação da sociedade com a construção de uma sociedade socialista. Seu alvo é a alienação política, razão da adoção das medidas restritivas de direitos civis.

Em função deste objetivo, surge uma questão nova, ausente de *O Império do direito*: a relação entre a dimensão cognitiva e volitiva da liberdade, discussão que segue a montagem da tipologia dos direitos fundamentais e a demonstração de sua relação com a realização da liberdade política. Neumann coloca seu foco na necessidade de participação ativa dos cidadãos na construção da democracia e na manutenção da forma direito, aspecto negligenciado em *O Império do direito* ainda muito confiante no poder social do proletariado.

Apesar de a análise do caráter emancipatório da forma direito não depender de sua ligação com esta classe social, como mostramos no capítulo anterior, a dinâmica inclusiva da forma direito só funciona na presença de forças sociais que dirijam suas demandas para o sistema político. Na linguagem de Habermas, a forma direito pressupõe uma esfera pública ativa. Em *O Império do direito* Neumann toma o engajamento volitivo dos cidadãos como pressuposto, mas não pode fazer a mesma coisa diante da situação social norte-americana. As ameaças aos direitos civis levam Neumann a voltar sua atenção para este pressuposto do funcionamento da forma direito, preocupação que será também objeto de Angústia e política, último texto que publicou em vida. A realização da liberdade depende do engajamento ativo dos cidadãos no processo democrático.

Cidadãos ativos, engajados no processo político e conscientes da necessidade de impor limites ao poder: onde encontrá-los? Neumann postula que é preciso haver algum grau de identificação do cidadão em relação ao Estado para que não se produza a apatia. Mais: a vontade não pode estar desvinculada da forma direito: não se pode conceber um Estado que realiza a vontade de um cidadão às expensas da vontade dos outros. É necessário respeitar as minorias e as opiniões divergentes.

Enfim, o indivíduo deve se identificar não com o Estado sem nada, mas com o Estado de Direito, com a forma direito e os limites que ela impõe ao exercício do poder. Mais ainda, ele precisa levar em conta os limites de sua realidade histórica: não deve ser nem utópico nem mecanicista (NEUMANN, 1957:185). Finalmente, Neumann conclui: só é possível realizar a liberdade, obedecendo a todos estes requisitos, por meio do regime democrático. Este regime protege as minorias, impõe a necessidade de confiança mútua entre os cidadãos, afastando a ansiedade, e cria mecanismos legítimos para a escolha de alternativas de ação. Mas a estabilidade deste sistema, diz Neumann, depende do bom funcionamento do império do direito, da flexibilidade das instituições políticas para lidar com novos problemas e da educação de seus cidadãos (NEUMANN, 1957:186).

O crescimento da apatia é resultado da disseminação de três estados mentais que podem ser designados por este termo. O primeiro é a atitude de indiferença (“I don’t-care”), o segundo é a crença de que a política não é uma área em que os homens possam ou devam realizar suas potencialidades e o terceiro é a rejeição da política sem a articulação de uma alternativa (NEUMANN, 1957:190). Este último estado mental é o mais perigoso, resultado do mau funcionamento das instituições democráticas.

Seus sintomas e causas têm sido frequentemente analisados: o aumento de complexidade do governo; o aumento das burocracias na vida pública e privada; a concentração do poder social privado; o endurecimento dos partidos políticos ao se transformarem em máquinas que, devido ao alto custo da política, tendem a excluir os recém chegados do mercado político (NEUMANN, 1957:190).

Algumas soluções propostas pioram o problema, como a defesa da participação em massa das decisões políticas ou a construção de um sistema corporativo, organizado conforme interesses ocupacionais; ainda, a introdução de princípios democráticos na gestão da economia e na ação do Poder Executivo. Nada disso é capaz de contribuir para diminuir a alienação e a apatia: a democracia é uma forma de organizar o Estado e não um método que sirva para todo e qualquer fim. Por exemplo, a co-gestão da economia reivindicada pelos sindicatos alemães pode ser útil, mas não deve ser legitimada em nome da democracia. Cada uma destas funções estatais e setores da sociedade têm suas necessidades específicas que não devem ser ignoradas sob o denominador comum de um suposto “método” democrático (NEUMANN, 1957:191).

Neumann dedica sua atenção a propostas que visem a democratizar a administração do Estado. Em sua opinião, democratização não pode significar eliminar a hierarquia ou, ainda, deixar que os “grupos de interesse” participem das decisões administrativas. Não é possível pensar uma administração eficiente sem que haja uma cadeia e transmissão das decisões administrativas que permita um funcionamento eficiente. De outro lado, o perigo da participação dos grupos de interesse reside em seu caráter excessivamente estreito: um acordo entre os grupos interessados em uma decisão sobre determinado assunto pode não coincidir com o interesse nacional. Pior do que isso, a aproximação de organizações do Estado pode transformá-las em instituições quase públicas, parte da maquinaria estatal, sem qualquer independência. Elas correm o risco de burocratizar-se, contribuindo para afastar a participação política espontânea de indivíduos não ligados a elas (Neumann,1957:192).

A essência do sistema político democrático não reside na participação em massa nas decisões políticas, mas nas tomadas de decisão politicamente responsáveis. O único critério que constitui o caráter democrático de uma administração reside na plena responsabilidade política do chefe administrativo, não em relação a interesses específicos, mas ao eleitorado como um todo (NEUMANN,1957:192).

Neumann acredita na representação como instituto fundamental da democracia. O representante deve agir em nome da nação e não de interesses particulares. As organizações devem manter-se responsivas às decisões dos representantes e, por esta razão, devem manter-se afastadas do Estado. Além disso, o eleitorado deve ser capaz de organizar-se espontaneamente para solucionar problemas graves que a democracia vier a enfrentar (NEUMANN, 1957:192).

O último perigo enfrentado pela democracia era a corrida armamentista, que desviava grande parte da capacidade tecnológica das nações para este fim específico, frustrando a realização de outros interesses. Este processo, dizia Neumann, poderia gerar insatisfação e, no longo prazo, teria de ser sustentado por meios autoritários (NEUMANN, 1957:193).

Como já visto, Neumann acreditava que era necessário evitar tanto o utopismo quanto a visão naturalista da história. A compreensão do processo histórico tem como função descobrir possibilidades inscritas na realidade que apontem para a realização da liberdade. Neste texto, mais do que em *O Império do direito*, encontramos a antecipação de uma sociedade emancipada, que Neumann constrói a partir das deficiências que via no funcionamento do império do direito.

Esta é uma sociedade em que os eleitores são responsivos a decisões responsáveis de seus representantes, que ocupam uma máquina administrativa eficiente, não dominada por grupos de interesse. Nessa sociedade, as organizações de sociedade civil, representantes dos grupos de interesse, mantêm distância do Estado, evitando a burocratização para manter livre o fluxo de comunicação com os cidadãos. Assim, com o bom funcionamento do império do direito, a flexibilidade das instituições políticas para lidar com novos problemas e com a educação dos cidadãos, os níveis de ansiedade destes ficariam sob controle e não haveria apatia política.

A situação que Neumann vivia se parece muito com um beco sem saída: uma esfera pública apática, compostas de cidadãos alienados em relação ao poder, combinada com instituições opacas e refratárias à participação política espontânea dos eleitores, organizações da sociedade civil burocratizadas e dependentes do Estado, sem qualquer responsividade relativa às decisões políticas do soberano e, para fechar o quadro, a adoção de medidas restritivas de direitos para combater os comunistas que colocavam em risco os fundamentos

de um Estado de Direito. Diante disso tudo, Neumann constrói seu modelo antecipado de sociedade livre, mas não se contenta com isso. Quer ir além.

Há duas propostas de ação no texto de Neumann. Uma é a ação performativa que o seu próprio texto constitui, em harmonia com as tarefas que ele atribui a uma teoria crítica: a teoria não pode ser apenas a racionalização dos instrumentos de poder existentes. Ao colocar-se a serviço da liberdade, a teoria faz a crítica das instituições existentes para indicar suas virtudes e defeitos, em função de uma determinada possibilidade de evolução da sociedade, inscrita na realidade.

A teoria procura mostrar às forças sociais que existe um caminho a seguir e quais os instrumentos para torná-lo efetivo, contribuindo assim para diminuir a alienação dos indivíduos. Ao conhecer sua realidade, os cidadãos tendem a não ver a si mesmos agentes do processo político e não como joguetes de forças estranhas: sabem qual é o lugar do poder e de quais instrumentos ele se utiliza. Mas, mesmo dotados de todos estes conhecimentos, isso não é garantia de que eles façam alguma coisa a respeito de coisa alguma. Como resolver o problema da vontade de engajar-se na política sem preencher o abismo entre saber e agir, sem resolver o problema do elemento volitivo da liberdade?

Em *Angústia e política* Neumann vai tentar responder a esta pergunta. O texto aponta como soluções a ação educacional e a ação política (escrever e falar sobre problemas políticos cotidianos e discuti-los na academia). Cita o amor como solução possível, mas meramente individual e instável, pois sujeita ao risco de perda do objeto amado (NEUMANN, 1957:294). A precariedade desta solução já foi apontada por Axel Honneth (HONNETH, 2003) e foge ao nosso tema enfrentar estes argumentos. Para o que nos interessa, fica a constatação de que fazer crítica do direito é desnaturalizar as instituições em nome de projetos regulatórios fundados em características do ordenamento jurídico em nome da emancipação humana. Para Neumann, emancipação humana significa aumento do controle social sobre a regulação.

Em *O Império do direito* este controle voltava-se diretamente para os meios de produção. Em seus textos tardios, o problema passa a ser a relação entre apatia e angústia. Trata-se de criar instituições transparentes e responsivas para que o cidadão possa tomar parte delas como protagonista e veja seus interesses nelas contemplados.

Em relação ao livro de 1936, O conceito de liberdade política e *Ansiedade e política* são como um passo atrás que visa a compreender como é possível constituir uma esfera pública ativa com forças sociais engajadas em reivindicar seus interesses. Em *O Império do direito*, este problema estava pressuposto: em 1936, Neumann ainda confia na ação do proletariado.

De novo: é importante notar que nos dois momentos Neumann fica no plano mais abstrato do direito de propriedade das estruturas do Estado Democrático, não descendo ao exame de mecanismos de regulação mais concretos. Este proceder se explica pela necessidade de afirmar normativamente importância do direito em dois momentos em que a forma direito estava sendo ameaçada; evidentemente, nos EUA dos anos 50, em um grau muito menos preocupante do que na Alemanha nazista. De qualquer maneira, tratava-se de mostrar que o direito cria condições para a emancipação humana e não deve ser colocado em risco. A construção de um projeto mais detalhado de juridificação emancipatória, que envolvesse a regulação do mercado, do trabalho e do Estado e descesse às minúcias do mercado de capitais, regime de contratação de empregados, modelo de proteção social, regime de propriedade privada etc., seria o resultado da ação dos movimentos sociais em debate com os teóricos do direito. Evidentemente, esta possibilidade pressupõe que as forças sociais tomem o direito como linguagem e instrumento de seu ativismo.

É importante ressaltar que projetos de juridificação podem ser articulados perante qualquer dos órgãos competentes para criar e aplicar normas jurídicas. Grande parte da dificuldade em reconstruir sistematicamente o funcionamento dos órgãos de aplicação deve-se ao fato de que eles são abordados por projetos de juridificação variados que procuram produzir resultados de acordo com seus interesses. Cada ideologia jurídica que se apresenta perante os poderes de criar ou aplicar as normas articula suas demandas de uma maneira diversa e procura introduzir mudanças nos padrões de funcionamento dos órgãos de poder estatal (ou privado, no caso de mecanismos privados de solução de conflitos).

O padrão de funcionamento do ordenamento jurídico é a resultante do embate entre diversos projetos de juridificação, oscilando entre espaços de auto e heterorregulação ao longo do tempo. Cada órgão de Estado ou particular, por sua vez, tem seu próprio projeto de juridificação que se confunde parcialmente com a reprodução da forma direito. Mas não completamente; afinal, um ordenamento jurídico pode mudar seus padrões de funcionamento

sem destruir sua autonomia pela alteração das fronteiras entre público e privado e a estrutura dos órgãos competentes por criar e aplicar normas jurídicas.

Não há risco de perda de autonomia do direito se, em certas áreas, vigorar a auto-regulação (com a correspondente imunidade dos atos dos particulares garantida pelo poder soberano) e em outras a heterorregulação. Por exemplo, podemos dizer que o projeto de submeter todas as normas jurídicas ao critério da eficiência econômica é uma proposta unilateral, que desconsidera outros projetos de juridificação:

Assim como o paradigma da justiça das trocas, a abordagem equivocada do mercado compartilha a desconsideração por problemas de poder, de equidade distributiva, e a necessidade de encorajar a cooperação na realização das oportunidades do mercado. Seu sistema de compreensão da ordenação do mercado limita sua atenção ao processo da troca e do acesso ao mercado perguntando-se pela melhor maneira de facilitar sua operação eficiente como um mecanismo para a geração de riqueza. Isso representa uma perspectiva vital na ordenação do mercado, mas esse sistema de compreensão me parece muito pobre em sua apreciação das questões levantadas pelas disputas (COLLINS, 1993:27).

Collins cita como exemplo um caso judicial julgado pelas cortes inglesas. Trata-se de um contrato pelo qual um jovem compositor se comprometera a entregar todas as suas canções a uma editora durante cinco anos, renováveis ao arbítrio da editora, mas esta não tinha a obrigação de publicar seu trabalho (COLLINS, 1993:27). Do ponto de vista puramente econômico, tratava-se de um acordo válido cuja formulação era clara e fácil de compreender, celebrado entre pessoas capazes numa situação de mercado em que havia outras editoras para quem o jovem compositor poderia ter vendido seu trabalho. No entanto, a justiça inglesa julgou o contrato nulo, pois ele gerava um desequilíbrio de poder entre as partes: a carreira do compositor dependia da publicação. Diante da ausência do dever de publicar, o poder da editora sobre o compositor foi considerado injustificável. Além disso, sem poder de terminar a relação durante cinco e mesmo dez anos, o compositor não poderia se aventurar a publicar e divulgar seu próprio trabalho.

Esses três temas – a preocupação em relação à dominação injustificável, a equivalência da troca e a necessidade de assegurar a cooperação – [...] formam o núcleo da interpretação da lei do contrato apresentada em seu livro. A ênfase dada a tais valores no direito moderno significa uma nova compreensão e justificação da



ordenação do mercado. Pode-se pensar que o apoio do direito a esses valores representa a adoção de uma filosofia política socialista ou comunista e uma rejeição da ordenação do mercado, mas este não me parece que seja o caso. A constituição do mercado pela referência a esses valores, assim como a preocupação tradicional com a liberdade e com os mercados competitivos, raramente representa uma nova compreensão da ordenação do mercado e de seus princípios justificadores, não significando uma rejeição completa dos mercados como o sistema mais eficiente para a satisfação das necessidades (COLLINS, 1993:28).

Segundo Collins, o mercado está estruturado em função de um ideal de auto-regulação mais complexo que inclui os três temas a que ele se refere. Parece evidente que esta estruturação é a resultante do embate de diversos projetos de juridificação que apresentaram suas demandas junto aos órgãos competentes por criar e aplicar as normas jurídicas. O papel de forma direito é mediar estes diversos projetos de juridificação, submetendo-os a procedimentos decisórios que garantam que a resultante dos embates seja legítima. De outro lado, o papel do cientista do direito é investigar, analisar e propor modelos de regulação alternativos em diálogo com os movimentos sociais e a partir da reconstrução de dados empíricos. Em outro nível de análise, seu papel é buscar totalizar todo este processo para zelar pela manutenção da forma direito. Enfim, para um teórico crítico, trata-se de buscar o projeto de juridificação que favoreça a emancipação humana.<sup>23</sup>

### 3.4.2 Crítica da dogmática jurídica e teorias de médio alcance

As análises institucionais que Neumann leva adiante (da propriedade em *O Império do direito* e da regulação dos órgãos de Estado nos textos tardios), bem como os outros exemplos

---

<sup>23</sup> Outro exemplo de impulso para a pesquisa empírica que abre terreno para o pensamento crítico: Flávia Portella Püschel, analisando as diversas posições doutrinárias que buscam um fundamento para a responsabilização sem culpa, identifica seis princípios justificadores e diversas combinações entre eles presentes na obra dos autores nacionais (PÜSCHEL, 2005: 95-100). A pretensão da autora é levantar possíveis fundamentos para a interpretação de um artigo do novo Código Civil. Ao fazê-lo, mostra que existem diversas maneiras de fundamentar estas interpretações gravadas na história de nosso ordenamento jurídico. A autora desenvolve atualmente trabalho de pesquisa empírica sobre a jurisprudência que trata da função punitiva da responsabilidade civil: v. PÜSCHEL, 2006, e PÜSCHEL & MACHADO, 2006. Partindo desse resultado, seria possível tentar reconstituir os projetos de juridificação que produziram este estado de coisas, indagando sobre os agentes que os levaram adiante e sobre a maneira pela qual eles foram institucionalizados, ou seja, qual distribuição de poder entre Estado, sociedade e entre os grupos sociais que ele pressupõe. Podemos nos perguntar, diante de cada tema dogmático estudado, de onde nasceu determinada posição quanto à interpretação das normas, quem são os agentes dessa interpretação e qual o caminho que ela seguiu para se tornar relevante para a compreensão e reconstrução do direito em determinado momento histórico. Um teórico crítico teria que perguntar a si mesmo qual desses modelos favorece mais o controle social sobre os meios de produção.

que citamos no item acima, tocam em outro nível de crítica. Trata-se da crítica das doutrinas jurídicas.

Uma doutrina (da propriedade, da família, da regulação do setor de telecomunicações etc.) é a reconstrução em abstrato do direito positivo, ou seja, as normas jurídicas postas pelo Legislativo e os atos de aplicação. Além disso, uma doutrina é um instrumento para orientar a ação dos cidadãos e dos operadores do direito. Cumpre funções descritivo-analítica e prática. Ela é a reconstrução conceitual e sistemática da prática do direito para fins científicos e operacionais.

Como já tivemos oportunidade discutir, é sempre possível criticar as instituições existentes em nome de projetos de juridificação. Também no campo da doutrina é possível cumprir a tarefa crítica pela desnaturalização de conceitos e construções teóricas pensando propostas alternativas de reconstrução do ordenamento jurídico que apontem para a emancipação da sociedade, ou seja, que ampliem o controle social sobre os meios de produção. A doutrina também pode assumir um caráter normativo, propondo soluções novas para problemas jurídicos discutidos na prática, além de novas configurações institucionais (BALDWIN & CAVE, 1999) e teóricas. A importância em desnaturalizar a teoria sobre os diversos setores da regulação está no fato de que seus conceitos e modos de pensar podem funcionar como obstáculo para pensar alternativas institucionais.

Antes de prosseguir, cabe um esclarecimento. Nos primeiros parágrafos deste item não nos utilizamos do termo *dogmática* para não restringir o que estamos dizendo à ação do Poder Judiciário e ao tipo de pensamento que se formou em função desta atividade. A dogmática e o pensamento dogmático nascem com a pretensão sistemática de abarcar todos os fenômenos sociais, supondo que seriam passíveis de solução pela manipulação das normas jurídicas, ação que toma como referência a atividade jurisdicional. Como diz Ferraz Jr., a dogmática jurídica

compõe, delinea e circunscreve procedimentos que conduzem a autoridade à tomada de decisão. Foi essa delimitação que conduziu a Dogmática Jurídica à idéia de subsunção e à idéia de classificação como critérios máximos da sua elaboração teórica (FERRAZ JR., 1980:82).

Esta espécie de pensar liga-se estreitamente ao direito formal na descrição weberiana, cuja racionalidade é a solução de casos concretos pela subsunção a normas gerais e abstratas. Estas normas são pontos de partida inegáveis, que determinam o discurso

dogmático constrangido, ainda, pelo dever da autoridade em oferecer uma resposta para qualquer caso que lhe for apresentado (proibição do *non liquet*) (FERRAZ JR., 1980:97). A dogmática surge, historicamente, no momento em que o direito torna-se contingente em dois níveis: (a) as normas jurídicas podem mudar a qualquer momento, aumentando a incerteza da sociedade quanto às regras que determinam seu comportamento, e (b) os atos de aplicação podem variar a partir do mesmo material, ou seja, no contexto de um mesmo ordenamento jurídico (FERRAZ JR., 1980:98 e ss).

A dogmática reduz a incerteza do direito ao cobrar congruência das decisões da autoridade em relação a decisões passadas, emprestando à série temporal alguma consistência e delimitando um campo de modelos de aplicação das normas jurídicas. Examinando as doutrinas sobre os diversos assuntos, é possível descobrir aquilo que é juridicamente possível para os operadores do direito (FERRAZ JR., 1980:99). Desta forma, a dogmática reduz a complexidade social ao torná-la manipulável por meio de conceitos abstratos e um modo de pensar que serve à decisão dos conflitos e delimita um campo de significados que se expande ou se retrai em função dos diversos atos de aplicação. Este modo de operar e pensar o direito, no entanto, tem limites.

Sendo um modo de pensar onde o horizonte do passado predomina sobre o do futuro, já pela orientação conforme o princípio da inegabilidade dos pontos de partida, a introdução, no rol de seus problemas, de questões aonde o horizonte do futuro venha a predominar, cria uma certa instabilidade de difícil solução dentro dos quadros tradicionais. Por exemplo: a pressão para que se considere dentro da noção de responsabilidade penal os dados advindos da Psiquiatria, da Psicanálise e da Sociologia Criminal, lança sobre aquela noção uma série de objeções futuras de alta incerteza, o que se pode perceber numa certa dificuldade encontrada pelos penalistas em absorver o conceito de periculosidade, que se refere não ao que o indivíduo fez, mas às suas virtualidades. Pois punir alguém pelas suas virtualidades é algo que parece ferir os princípios dogmáticos tradicionais como o de que não há culpa sem crime (FERRAZ JR., 1980:198).

Ferraz Jr. nos leva a crer que o aumento da complexidade social pode levar o pensamento dogmático a perder sua funcionalidade em prol de instrumentos de atuação mais rápidos e efetivos (FERRAZ JR., 1980:199). Para abarcar esta complexidade, a dogmática tem ampliado a abertura e a abstração de seus conceitos. Mas esta não é uma boa solução, segundo Ferraz Jr., pois os conceitos não mais reduzem a incerteza ao deixarem aberto um espaço de

indeterminação grande demais. Resultado: a dogmática deixa de fornecer os parâmetros de controle da ação das autoridades (FERRAZ JR., 1980:201-202).

Propostas de modelos de juridificação que partam da crítica da doutrina e das teorias dogmáticas precisam levar em conta estes problemas. Como dissemos acima, utilizamos a expressão “teorias de médio alcance” para abarcar tanto as teorias que procuram dar conta do funcionamento do Poder Judiciário quanto aquelas que buscam descrever e analisar o funcionamento de outros órgãos competentes para a tomada de decisões. Fazemos isso porque Ferraz Jr. mostrou que a dogmática pode não dar mais conta do padrão de funcionamento do direito em nossa sociedade. Evidentemente, só é possível comprovar as afirmações de Ferraz Jr. com pesquisas empíricas. A despeito disso, é tarefa do jurista investigar outras formas de reprodução social que passam pelo direito, mas que, eventualmente, não funcionem dogmaticamente. Nosso objetivo aqui é abarcar, seguindo as pistas de Neumann, a ação de qualquer órgão aplicador de normas seja ele público (v.g., tribunais judiciais, administrativos, órgão do executivo, agências de regulação) ou privado (v.g., tribunal arbitral).

Além de descrever e analisar estes mecanismos de tomada de decisão, trata-se de propor alternativas institucionais que, se não se enquadram no padrão dogmático, não deixam de ser racionais e controláveis, permitindo o aumento do controle social sobre a regulação. Ademais, é possível imaginar que órgãos jurisdicionais diferentes do Poder Judiciário funcionem com o padrão do pensamento dogmático. Assim, o que propomos aqui, a partir de Neumann e levando em conta a discussão de Ferraz Jr., largamente fundada em Niklas Luhmann, é pensar uma crítica das teorias de médio alcance que abarque a dogmática e os *equivalentes dogmáticos* (LUHMANN, 1983:41).

Existem equivalentes funcionais para a dogmática, pois de outro modo não poderiam ser explicadas as diferenças consideráveis das diferentes ordens jurídicas quanto ao grau de sua dogmatização. Somente uma análise muito mais detalhada das estruturas do sistema da sociedade poderia esclarecer, por tanto, se e como o sistema social poderia se adaptar em outros setores funcionais, concretamente na educação, na economia e na política funcionais, a variável da dogmatização do sistema jurídico [...]

Em sua mais alta abstração a pergunta seria a de como mudam as exigências postas aos critérios e às técnicas de determinação de relações ao aumentar a complexidade e a contingência do sistema social. Tal mudança afetará com certeza as idéias de perfeição e

proibições de negação, afastando por meio disso também [...] o critério da justiça. Atualmente já não se pode conceber a justiça como uma norma jurídica suprema, mas apenas como expressão para a complexidade adequada do sistema, e concretamente como a ordem de aumentar a complexidade sempre e quando isto estiver ligado a um enunciado consistente. Tal regra, por sua vez, altera o ponto de partida para a questão dos conceitos justos, de teorias justas e soluções dogmáticas de problemas, de uma dogmática justa (LUHMANN, 1980:41-42).

Pensamos os “equivalentes dogmáticos” como estruturas institucionais acompanhadas de teorias de médio alcance que, a despeito de não funcionarem sob o registro dogmático, não colocam em risco a autonomia do direito, pois funcionam com base em critérios jurídicos, ou seja, são redutíveis à forma direito. O risco de abandonar o registro dogmático pode ser o risco de dejurificação, ou seja, de pulverização da regulação em subsistemas variados, sujeitos ao controle apenas de seus participantes, independentemente dos efeitos que seus atos possam ter sobre a coletividade. Se cada subsistema desenvolver um padrão de regulação próprio, descolado do Poder Judiciário e das regras estatais ou de um outro centro a que todos se refiram, mesmo que indiretamente, reivindicando imunidades para negociar os limites de seu âmbito de regulação, fica muito difícil falar em “direito” como uma esfera social que regula diversos objetos.

A despeito de tudo isso, não devemos nos precipitar. O surgimento de órgãos que não funcionam com o padrão da dogmática não é razão suficiente para afirmar que a autonomia do direito está em risco, pois eles podem funcionar como equivalentes dogmáticos, mantendo aberta a possibilidade de controle social sobre a regulação. A crise do padrão de regulação centrado em normas de conduta, na separação de poderes e no Estado nacional não precisa ser identificada com a crise do direito.

No entanto, para que seja possível continuar a falar em “direito” é preciso que todos os órgãos responsáveis pela tomada de decisão estejam submetidos, em última instância, a um centro de referência, a um ou mais órgãos localizados no centro do ordenamento, competentes para julgar conflitos e para zelar pela imunidade dos fatos jurídicos sujeitos à auto-regulação perante atos do soberano ou de particulares. A supressão de um centro de referência responsável, em última instância, por decidir estas questões impede que a sociedade tenha a pretensão de influir sobre a regulação. Insistimos: este centro não precisa regular diretamente

todos os assuntos, mas deve-se poder recorrer a ele para, por exemplo, fazer valer a auto-regulação da sociedade em face de alguém que descumpra normas criadas desta maneira.

Um exemplo interessante que se pode evocar está num texto de Judith Butler sobre o *hate speech*, discurso do ódio racial nos Estados Unidos. A autora discute a conveniência de atribuir ao Judiciário o poder de decidir que tipo de discurso deve ser considerado como *hate speech*. Seu argumento é: como não existe critério final para dizer o que é um *hate speech*, esta questão vai ser decidida, no limite, pelos juízes da Suprema Corte. Ora, se esta corte for conservadora ou progressista, a qualificação jurídica vai variar, sempre em função dos juízes que ocuparem os cargos. Diante desse fato, não seria melhor deixar que as forças sociais e seus discursos se digladiassem livremente? Na falta de um centro de poder sancionador dos discursos, todos os discursos estarão colocados em pé de igualdade e poderão entrar em choques constantes, sofrendo mudanças de sentido que tendem a se igualar em força simbólica. Manter um centro com poder para dizer qual é o discurso autorizado e qual é o discurso rejeitado é retroceder na constatação de que não existe um critério de verdade último para os discursos, constatação que favorece o livre trânsito e a livre transformação do sentido (BUTLER, 1997).

Sem entrar no mérito da discussão, podemos dizer que esta proposta de auto-regulação do discurso sobre o preconceito racial é um projeto de juridificação e não uma proposta de desjuridificação do “discurso de ódio”. Trata-se de subtrair o Poder Judiciário do centro do sistema jurídico no papel de sancionador dos discursos, mas, ao mesmo tempo, trata-se de reafirmá-lo como centro de proteção da pluralidade de discursos e seus agentes. O livre trânsito dos sentidos precisa ser imunizado contra eventuais atos que pretendam cristalizá-lo. Portanto, a proposta de Judith Butler pressupõe um ambiente em que a liberdade de expressão esteja garantida nas esferas pública e privada, bem como amplo acesso à informação e proteção das minorias.

Mas retomemos a discussão dos equivalentes dogmáticos. Como vimos na citação acima, Luhmann não esclarece o que eles seriam, tampouco oferece parâmetros para medir o grau de dogmatização que os caracterizariam. De qualquer maneira, estamos empregando o termo, ao que tudo indica, ao arrepio das intenções do autor. Afinal, Luhmann o utiliza para se referir a possíveis comparações entre ordenamento em que estruturas diferentes exerceriam o mesmo papel de diminuir a incerteza no processo de decisão de conflitos. Nosso objetivo aqui não é o direito comparado nem a história do direito, mas apontar a possibilidade de que

existam, dentro de um mesmo ordenamento jurídico, mecanismos jurídicos de tomada de decisão mais ou menos dogmatizados e, portanto, que funcionam sob racionalidades argumentativas diferenciadas conforme o grau de dogmatização.

Se esta hipótese estiver correta, seria necessário realizar a tarefa de identificar tais mecanismos (ou propor sua construção para determinados contextos) e reconstruir abstratamente sua racionalidade com a finalidade de obter uma teoria mais abstrata sobre o pensamento jurídico; teoria da qual pensar dogmático seria uma das variantes e não o padrão. Feito isso, seria de rigor abandonar a expressão “equivalente dogmático” e classificar os modelos de regulação de outra maneira.

De qualquer forma, não há razão para afastar a hipótese de que estes mecanismos possam existir sob a alegação de que colocariam em risco a autonomia do direito. Ao contrário, para garantir a autonomia do direito e poder pensar na emancipação humana é preciso intervir criticamente no processo de construção e reforma das instituições para, normativamente, defender a inconveniência da pulverização dos centros de poder e da racionalidade jurídica.

A tarefa que se coloca diante dos juristas é descrever os procedimentos de tomada de decisões de natureza jurisdicional realmente existentes (tribunais, tribunais administrativos, tribunais arbitrais etc.) para verificar qual seu padrão de funcionamento e, eventualmente, propor alterações em seus procedimentos em nome do controle social sobre a regulação. Trata-se de descobrir, para além da dogmática, se existem, já em funcionamento, equivalentes dogmáticos, ou seja, construções teóricas abstratas com poder de descrever e operar as instituições para reduzir a incerteza do direito, seja do ponto de vista da criação das normas, seja da perspectiva de sua aplicação. Talvez a teoria da regulação e teorias mais específicas que dão conta da regulação das telecomunicações, da moeda e outros, se enquadrem no conceito de equivalente dogmático que propomos. Não há espaço aqui para comprovar esta hipótese.

É necessário construir uma teoria geral da aplicação do direito que tenha a aplicação judicial como um de seus momentos e inclua a ação da administração e seus órgãos (v. BALDWIN, 1995), muitos deles em pleno exercício de atividades jurisdicionais. O trabalho de descrever e reconstruir teoricamente as instituições submetendo-as à crítica em função do incremento do controle social sobre o processo de criação e aplicação das normas em cada

setor de atividade econômica, política e social alimentará a teoria e permitirá desenvolver uma pesquisa jurídica mais próxima da realidade do ordenamento jurídico brasileiro. É função da teoria crítica do direito investigar a dogmatização e/ou a desdogmatização de setores do ordenamento e, normativamente, posicionar-se sobre a adequação de um e de outro arranjo em função de valores como eficiência (econômica, política, social) e legitimidade, com o fim de provocar sua tematização na esfera pública.

Tudo isso se faz com base nos resultados de pesquisas empíricas. No entanto, esta tarefa precisa ser levada adiante sem que se perca de vista a especificidade desta esfera social. Como ensina Neumann, para que o direito funcione como determinação da emancipação humana é preciso que ele seja racional e mantenha sua especificidade, ou seja, não se dissolva nem na economia nem na política. A tarefa de pesquisar o direito deve contribuir para identificar esta especificidade e os perigos de ignorá-la ou permitir que ela seja destruída.

### *3.4.3 Direito, economia e ciências sociais: uma tarefa comum*

A análise dos papéis profissionais em nada contribui para a pesquisa de opiniões, e a pesquisa de opiniões não fornece qualquer hipótese para a análise do processo da decisão judicial. Apenas seria possível traçar algumas grosseiras linhas de ligação – como no sentido da hipótese de que juízes eruditos, provenientes de camadas sociais mais elevadas, não produziram uma jurisprudência que tivesse ressonância junto à população. Uma integração convincente daquelas pesquisas empíricas só seria realizável através da reintrodução do direito na sociologia jurídica, por meio de uma sociologia do direito levada a sério (LUHMANN, 1983b:12).

[...]

Como seria possível, por exemplo, analisar se a proveniência social de um juiz influencia suas sentenças, se não se puder avaliar se seus argumentos são corretos ou errados, ou utilizados de forma significantemente distorcida, mas ainda sustentável em termos jurídicos? (LUHMANN, 1983b:8).

Para abordar empiricamente o direito é preciso reconstruir internamente sua racionalidade (a racionalidade dos órgãos de aplicação e/ou dos particulares que referem seu comportamento às normas jurídicas) a partir de um determinado ponto de vista.

Por exemplo, um economista pode ter interesse em estudar os efeitos de certas normas ou órgãos sobre a alocação de recursos. Se estiver interessado em compreender a



formação dos padrões de comportamento que determinam a ação dos agentes e propor mudanças que levem em conta a realidade da sociedade, será necessário reconstruir a racionalidade do direito e, assim, compreender os horizontes de sentido que os agentes sociais figuram para si mesmos quando referem seu comportamento ao direito positivo em vigor em determinada sociedade (NORTH, 1990, 2004).

Para a escola econômica neoclássica, pelo menos na reconstrução de Arida, a racionalidade interna ao direito não importa: trata-se de estudar as normas que favorecem o ótimo de Pareto e denunciar aquelas que se afastam desse objeto, ou seja, denunciar as distorções e buscar seus motivos (pressão de grupos de interesse, distorções no processo de representação, ignorância do legislador) (ARIDA, 2005:17).

Nem sempre, no entanto, está o pensamento econômico bem equipado para pensar o retrocesso no quadro normativo. Tomemos um exemplo de nossa história recente. Do ponto de vista da racionalidade econômica, o princípio fundamental do direito é do *pacta sunt servanda*. No entanto, o respeito aos contratos, tal qual entendido pelos economistas, tem sido relativizado pelas mudanças na hermenêutica jurídica decorrente do predomínio de constitucionalistas sobre civilistas. Na nossa história recente, a introdução, no texto constitucional e no Código Civil de conceitos como função social da propriedade privada ou a boa-fé objetiva, sem que tenham sido acompanhados de uma jurisprudência coerente e consolidada que permite antever seu impacto sobre as decisões dos juízes em casos de litígio, certamente dificulta o respeito aos contratos tal qual concebido pelos economistas (ARIDA, 2005:17).

Antes de prosseguir, cabe fazer algumas observações sobre esta citação. A afirmação de que o princípio fundamental do direito para a economia é o *pacta sunt servanda* causa extrema estranheza para qualquer jurista, independentemente da necessidade de buscar calculabilidade, demanda legítima e necessária para o bom funcionamento da sociedade, como tivemos a oportunidade de discutir no capítulo anterior ao falar da racionalidade procedimental do direito.

Para retomar as análises de Collins citadas acima, o mercado atual se estrutura juridicamente em torno de diversos valores, inclusive a preocupação com a igualdade das trocas, equivalência de poder e necessidade de cooperação entre os participantes dos negócios. Nem todos estes valores podem ser resolvidos numa questão de alocação de recursos, pois resultam do embate de projetos de juridificação levados adiante por forças

políticas devidamente representadas no parlamento. Para o pensamento neoclássico, projetos deste jaez são irracionais. No exemplo de Collins, uma argumentação preocupada apenas com argumentos neoclássico defenderia que o contrato entre o jovem compositor e a editora deveria ser considerado válido, a despeito das assimetrias que gerou.

Com Collins, acreditamos que análises desta natureza empobrecem a visão do mercado. Pensar a alocação de recursos é essencial para a compreensão do direito, mas não dá conta de toda a sua complexidade. Pior, se defendida com radicalidade, tende a deslegitimar por irracionais ou disfuncionais projetos de juridificação que levem problemas relativos à assimetria de poder entre as partes contratantes, a equidade da troca resultante do contrato e a necessidade de cooperação entre as partes de um negócio. Ao lado de outras perspectivas, a análise econômica do direito é parte importante do conhecimento jurídico. Tomada como padrão do funcionamento do direito, trata-se um modo de pensar excludente de modelos que adotem ou proponham formas de regular que se preocupem com problemas diferentes do ótimo de Pareto.<sup>24</sup>

Ainda sobre a citação de Arida, é preciso dizer que o autor atribui ao Poder Judiciário um papel que ele provavelmente não tenha nas relações contratuais levadas a cabo no Brasil. Infelizmente, não temos pesquisas empíricas que estudem o problema, mas a literatura internacional mostra que a sanção legal tem um papel secundário e mesmo irrelevante para o andamento das relações contratuais. A construção da confiança entre os contratantes passa por outras instituições, construídas à margem das leis estatais. Uma delas é a recusa de negociar no futuro com alguém que quebre um contrato, desde que uma das partes dependa do fornecimento de bens e/ou serviços da outra. Há também os danos à reputação da empresa, cujo efeito pode ser amplificado com um bom sistema de informações que espalhe o fato pelo mercado. Há ainda outros exemplos, mas é importante ressaltar que, nestes casos, o direito pode atuar de forma periférica ajudando a construir essas sanções não-legais (COLLINS, 1999:114-117).

A despeito de todas essas críticas, é preciso deixar claro que economia, direito e ciências sociais têm uma tarefa comum: a pesquisa empírica do direito positivo, ou seja, a

---

<sup>24</sup> V. em COUTINHO, 2005: 140-148, um resumo do debate sobre eficiência e equidade na teoria da regulação e a indicação dos autores que defendem a necessidade de regular para integrar a sociedade e promover a equidade e, outros, que defendem que a decisão do regulador, independentemente de seu teor, deve submeter-se a procedimentos democráticos para ser legitimada.

descrição e análise das instituições realmente existentes. O direito está preocupado em relacionar as instituições e as outras esferas sociais a partir de dentro delas, ou seja, reconstruir seu funcionamento para indagar dos seus efeitos sobre as diversas esferas sociais e, vice-versa, dos efeitos das diversas esferas sociais sobre as instituições. Independentemente do referencial teórico ou ideológico do analista, a tarefa de descrever, analisar e explicar o direito brasileiro é comum a todos os estudiosos e prévia à elaboração de qualquer projeto de juridificação, seja ele voltado para a defesa de auto-regulação ou para a defesa regulação estatal direta.

Florestan Fernandes, ao discutir as operações lógicas que presidem a elaboração das pesquisas empíricas chama a atenção para a importância de separar, de um lado, o emprego de métodos e técnicas de investigação e, de outro, os procedimentos de generalização. O autor explica que o tratamento analítico do material empírico, ou seja, sua descrição e explicação em abstrato, está ligado às proposições teóricas que orientaram a construção do objeto de pesquisa e à própria natureza das evidências empíricas, que só se tornam acessíveis ao investigador a partir do resultado do tratamento analítico da realidade (FERNANDES, 2005:146).

Cabe à análise converter os dados imediatos da experiência (ou, o que seria mais preciso, os “dados primários” da investigação) em dados manipuláveis pelo raciocínio científico. Em contraste com o conhecimento de senso comum, o conhecimento científico exige matéria-prima própria, que permita representar objetivamente as ocorrências observadas. De fato, seria impossível explicar positivamente a realidade, se só a pudéssemos perceber e representar através das aparências e de atributos superficiais. Por isso, a primeira etapa da pesquisa científica, nas disciplinas indutivas, se confunde com uma indagação sistemática sobre os caracteres e as condições das ocorrências. Quando ela é bem-sucedida, os seus resultados oferecem o conhecimento objetivo da realidade, que deverá constituir o ponto de partida natural e o próprio sistema de referência empírico da explicação científica (FERNANDES, 2005:154).

A partir desse material, que já foi objeto de análise, é que se podem fazer sínteses e amplificações em que os dados deixam de ser relacionados a universos empíricos restritos e passam a compor tipos explicativos (FERNANDES, 2004:148). A produção de pesquisas empíricas que focalizem variáveis diversas na reconstrução de fenômenos jurídicos pode ser realizada de diversos pontos de vista.

Independentemente dos referenciais teóricos que orientam estes estudos, o material empírico acumulado será útil para o trabalho de explicação do direito pela construção de explicações capazes de dizer “como os fatores atuantes em um sistema social dado, com os efeitos correspondentes, combinam-se entre si em certas condições de tempo e de espaço e contribuem para determinar a forma de integração e o grau de estabilidade do sistema como um todo” (FERNANDES, 2004:161). Pesquisar o direito significa, entre outras coisas, recuperar os traços de projetos de juridificação cristalizados ou presentes nos embates internos ao direito contemporâneo.

## CONCLUSÃO

### *Quem deve ter o poder de qualificar juridicamente os fatos sociais?*

O problema central da relação entre direito e política na época em que Neumann escreveu os textos que analisamos era a indeterminação das normas jurídicas. Ao enfrentar este problema, Franz Neumann explicitou a dificuldade para a justificação dos atos de aplicação e apontou para a necessidade de reformular a teoria da separação dos poderes. Como decorrência destas análises, vimos que também é necessário repensar o pensamento dogmático para dar conta da realidade do processo social de interpretação e aplicação das normas jurídicas nas diversas instituições. Ademais, a indeterminação das normas jurídicas tem repercussão sobre o padrão de legitimação do Estado ao apresentar o juiz como criador de direito.

Estes problemas estão longe de serem resolvidos. O estudo da função do juiz e da relação entre os poderes, ainda, a justificação da aplicação das normas como ato criativo permanecem temas centrais para o estudo do direito em todos os países ocidentais. Mesmo em países da *common law* em que se imagina que o papel criativo do juiz está estabelecido e legitimado, a questão permanece problemática (entre outros, vejam-se os recentes FRIEDMANN, 2005; SUNSTEIN et al., 2006; HETTINGER et al., 2006).

A indeterminação das normas é ainda hoje um dos problemas mais discutidos pela teoria do direito e, portanto, questão central para pensar o direito criticamente. Como discutimos no capítulo 2, um ponto central deste debate é a constatação de que a teoria argumentação jurídica tem desenvolvido suas pesquisas descoladas de uma reflexão sobre a separação dos poderes. Ao mostrar-se a impossibilidade de adotar a subsunção como modelo para a aplicação das normas fica em questão todo um padrão de funcionamento das instituições do Estado. Em suma, há um longo caminho a seguir para que se obtenha uma visão unificada e coerente do debate sobre a indeterminação das normas.

A despeito disso, nos dias atuais, este problema deve ser colocado ao lado de outro, tão importante e desafiador quanto ele. Trata-se da questão da auto-regulação dos fatos sociais, que se desdobra no nível nacional e internacional. Como o problema da indeterminação, a auto-regulação ameaça a racionalidade do direito, ou seja, a manutenção da forma direito como padrão de sociabilidade. A teoria do direito vem discutindo o problema há

algum tempo (v. FARIA, 2002). Em outros campos do saber, a questão aparece sob outras figuras. Por exemplo, os debates atuais na filosofia sobre direito e Estado de exceção (AGAMBEN, 2002, 2003); a discussão de cientistas sociais e economistas sobre governança (*governance*) (KJAER, 2004; ZEITLIN & TRUBEK, 2003), *empoderamento* (*empowerment*) (ALSOP, BERTELSEN, HOLLAND, 2006) e *democracia participativa* (SANTOS, 2000, 2005, 2006) revelam a importância do debate sobre a crise do paradigma do direito regulatório,<sup>25</sup> ou seja, da capacidade do Estado de regular diretamente a sociedade, e apontam para o problema da auto-regulação e sua relação com a forma direito.

Nos termos que utilizamos aqui, poderíamos traduzir este debate com a seguinte afirmação: há dois grandes projetos de juridificação típico-ideais que disputam espaço nas diversas áreas de regulação dos fatos sociais. O primeiro defende a regulação direta das condutas pelo soberano; o segundo, a auto-regulação, imune às intervenções do soberano ou de particulares.<sup>26</sup> Estes dois projetos se enfrentam no nível nacional e transnacional, redefinindo todas as fronteiras:

[...] a nova política interna global que já está em funcionamento aqui e agora, para além da distinção nacional-internacional, tornou-se um jogo de meta-poder cujo resultado está completamente em aberto. Trata-se de um jogo em que as fronteiras, as regras básicas e as distinções básicas são renegociadas – não somente aquelas entre esferas “nacionais” e “internacionais”, mas também aquelas entre negócios globais e Estado, movimentos da sociedade civil transnacional, organizações supranacionais e governos e sociedades nacionais (BECK, 2005:xi-xii).

O debate sobre governança (*governance*), termo ainda muito vago e em disputa, trata, resumidamente, dos meios de regulação alternativos ao Estado (ou seja, alternativos ao

---

<sup>25</sup> A literatura sobre o tema é inesgotável. Remonta ao conceito de materialização do direito de Weber e se desdobra por todo o século XX. Qualquer teórico do direito que pensou sua racionalidade passou pela questão. É curioso notar que Hans Kelsen passa ao largo dela ao criar sua teoria pura do direito: o problema da relação entre direito e sociedade é extrajurídica e, portanto, não interessa ao jurista. Para um panorama do problema na teoria do direito do final do século XX ver as coletâneas: TRUBEK & JOERGES, 1989, e TEUBNER, 1988, e o texto de TEUBNER, 1988, especialmente as partes 1, 2 e 3. Vejam-se também os já citados NONET & SELZNICK, 2001, e AYRES & BRAITHWAITE, 1992.

<sup>26</sup> A inspiração aqui é TRUBEK, 1972: 24 e ss, que fala em “mercado”, “comando” e “direito regulatório” para se referir a projetos de juridificação da relação entre direito e economia. Estamos ampliando o grau de abstração dos conceitos para abarcar a relação entre direito e sociedade – não apenas a relação direito e economia. Como já visto, a defesa da auto-regulação implica a reivindicação de imunidade em relação a qualquer pessoa que deseje alterar aquele estado de coisas, garantida por um órgão soberano, portanto ela contém um mínimo de juridificação. A tipologia de Trubek contempla este ponto.

governo ou *government*). Uma de suas versões é a defesa da regulação dos mercados pelas grandes companhias transnacionais que funcionam como “quase-Estados” (BECK, 2005:75) e buscam implementar projetos de auto-regulação (SHAMIR, 2004). Da mesma maneira, a discussão sobre o empoderamento (*empowerment*) e a *democracia participativa* apontam a necessidade de aumentar a capacidade de indivíduos e grupos de fazer escolhas efetivas e passam pela defesa da descentralização do poder via estratégias de ação locais que devem contar com a participação ativa das comunidades (ALSOP et al., 2006:2; SANTOS, 2005). Também nesse caso trata-se de projetos de auto-regulação que, dependendo dos termos em que forem defendidos, podem resultar na privatização do poder por grupos sociais ao perder-se de vista a consideração de interesses de terceiros, não-participantes dos processos de tomada de decisão. A discussão sobre o *estado de exceção*, que tem ganhado alguma força no Brasil, aponta para o fenômeno da auto-regulação do poder soberano supostamente capaz de definir, numa zona de indiferença jurídica, as fronteiras entre fato e direito.

Cabe aqui uma observação lateral: a despeito de apontar para um fenômeno real e relevante da sociedade contemporânea, na formulação da Agamben, a discussão gira em torno de uma miragem. Segundo esse autor, o direito é dotado, essencialmente, de uma racionalidade formal, portanto impõe a normalização da sociedade. Ora, diz Agamben, este é um projeto destinado a frustrar-se permanentemente, pois a “vida” é muito mais rica do que os padrões das normas jurídicas. Além disso – prossegue –, a necessidade de regular casos particulares, nascida da extrema complexidade social, tem levado a um predomínio do Executivo, que concentra cada vez mais poder. Este fato teria instaurado um verdadeiro “estado de exceção permanente” não suscetível, por natureza, à regulação por padrões de conduta.

Já tivemos oportunidade de mostrar que esta caracterização pode valer para a crítica do modelo típico-ideal do direito formal, mas não para analisar ordenamentos reais e teorias do direito que, há pelo menos um século (a contar dos escritos de Weber e Neumann), já operam e propõem outros padrões para o funcionamento e a compreensão da racionalidade jurídica. Lembremos que, na versão de Neumann, é perfeitamente possível regular fatos sociais não padronizáveis com a utilização de normas jurídicas abertas acompanhadas de procedimentos de aplicação rígidos.

Sempre é possível argumentar que os teóricos do direito estejam mergulhados na atividade inconsciente de negar as evidências e sejam incapazes de perceber o estado de

exceção permanente em que estamos mergulhados por utilizarem construções conceituais fetichizadas. Lembremos o que disse Kirchheimer sobre a teoria da pena: fazer mais uma teoria da pena é afirmá-la a-historicamente, ou seja, é ser incapaz de pensar em sua supressão. Para fugir disso, é preciso pensar as instituições jurídicas reais em função da emancipação. Afinal, o direito deixou de ser um fetiche no momento em que adquiriu as características da *forma direito*.

Não há evidências da veracidade desta hipótese. Os teóricos contemporâneos do estado de exceção costumam trabalhar no abstrato, sem reconstruir o ordenamento jurídico. Para fundamentar empiricamente suas afirmações, limitam-se a pinçar exemplos históricos e atuais sem qualquer mediação. A mera justaposição de uma análise sobre Guantânamo a frases sobre Weimar e o nazismo não é suficiente para provar o parentesco entre os dois fenômenos. No registro de Neumann, seria preciso examinar com mais acuidade as instituições que os caracterizam, pois não é prudente falar do direito sem verificar suas estruturas reais, institucionalizadas em normas de direito positivo.

Retomemos o fio da meada. A ênfase que Neumann empresta ao problema do controle social sobre a propriedade privada dos meios de produção e sua relação com a emancipação humana permite que pensemos sobre as possibilidades e os limites da forma direito no controle e conformação do poder. Num mundo em que o direito estatal não atinge grande parte das operações econômicas e outras ações do poder político e social, é da pauta do dia pensar formas de regulação que lidem com este processo para evitar a privatização do exercício do poder político (como aponta o conceito de estado de exceção), econômico (como indicado pelo debate sobre *governança*) e social (referente aos conceitos de empoderamento e democracia participativa). Afinal, os exercícios destes poderes não se fazem sem assimetrias e externalidades, cujos efeitos se estendem muito além dos interesses das pessoas diretamente implicadas pela operação de seus respectivos mecanismos.

Diante da pressão pela privatização do poder econômico (com a defesa selvagem do livre mercado), do poder político (com a reivindicação política do estado de exceção como instrumento de governo para justificar qualquer ação dos governantes) e do poder social (com a defesa do direito de regular os interesses locais das diversas comunidades sem qualquer preocupação com interesses universais eventualmente atingidos por este processo que, por exemplo, implica a alocação de recursos escassos), temos duas posições possíveis. Trata-se ou de celebrar o descentramento e entregar-se ao gozo da pluralidade de discursos e regulações



jurídicas setoriais autocentradas (papel que nem teorias inspiradas por autores pós-modernos como a de Günther Teubner estão dispostas a assumir: v. TEUBNER, 2005:37) ou defender normativamente a necessidade de edificar instâncias de regulação que não deixem os homens entregues à sua própria sorte, ou seja, entregues ao livre embate dos poderes que atuam sob regras criadas por si mesmos, a despeito de suas eventuais consequências sociais.<sup>27</sup>

Em suma, o embate entre os projetos da auto-regulação e o da heterorregulação gira em torno de duas questões: Quem deve ter o poder de qualificar juridicamente um fato? Quais os limites deste poder?<sup>28</sup> Evidentemente, a resposta a estas duas perguntas será dada pelo conflito social no interior da forma direito, ou seja, pelo embate de projetos referentes aos diversos objetos regulados pelo direito. Diga-se: no interior da forma direito ou contra ela, já que este embate a coloca em questão e explicita sua vulnerabilidade e a necessidade de lutar em sua defesa.

No mundo contemporâneo, a privatização do poder de qualificar juridicamente os fatos sociais tem ido de par com a defesa da auto-regulação pelo mercado, o enfraquecimento do Estado soberano e a destruição da legitimidade de instâncias de regulação universais, cujo exemplo central é o Estado de Bem-Estar Social caracterizado pela presença do direito do trabalho, atual anátema entre os ramos do direito. A despeito disso, não se deve tratar a auto-regulação como sinônimo de desregulação. Como no caso da autonomia privada, pode-se delimitar um espaço para a livre criação de normas jurídicas pela sociedade com o estabelecimento de limites e condições o seu exercício (v. AYRES & BRAITHWAITE, 1992).

Também não há razão para pensar que a heterorregulação é essencialmente autoritária e a auto-regulação democrática ou vice-versa (TEUBNER, 1988:74-87). Em grande medida, marxismo e liberalismo, em suas versões mais radicais, são utopias da auto-regulação. A maior parte da literatura marxista defende que o Estado é dispensável, pois, com a implantação do socialismo, a comunidade dará conta de seus conflitos em razão da presença de valores solidários que irão gerar um alto grau de concordância sobre quais devem ser as normas adotadas pela sociedade (COLLINS, 1982:100-115). Já os teóricos libertários põem ênfase na liberdade do indivíduo diante do Estado, liberdade que não pode ser violada pelo

---

<sup>27</sup> Evidentemente, esta tomada de posição normativa, como já tivemos a oportunidade de discutir, pressupõe um momento descritivo e analítico do estado atual da regulação jurídica. Para um panorama da regulação em vários setores do ordenamento jurídico de uma perspectiva global v. FARIA, 1999.

<sup>28</sup> A inspiração aqui é SUPLOT, 1999:30. Ampliamos o alcance do que ele diz para além da qualificação jurídica da contratação de trabalho.

soberano e inclui o poder de darem-se normas. Há limites muito exigentes quanto àquilo que o Estado pode proibir (NOZIK, 1991:119 e ss). Na versão da economia neoclássica, o Estado deve manter a lei e a ordem para evitar a coerção de um indivíduo por outro, a execução dos contratos estabelecidos voluntariamente, definição do direito de propriedade e o fornecimento de uma estrutura monetária (FRIEDMANN, 1977:33).

Essas duas defesas da auto-regulação *contra* a heterorregulação acabam por evidenciar que é possível pensar projetos de auto-regulação socialistas ou ultraliberais. Em ambos os casos, o direito aparece apenas como *instrumento* de valores comunitários ou libertários. Se esta constatação afasta a suspeita de um caráter conservador ou progressista de um projeto de auto-regulação, é insuficiente para pensar o direito em si mesmo. Tomar qualquer uma dessas formulações é aceitar, contra Neumann, que o direito é *instrumento*; um meio pelo qual alguma coisa *passa*; um conjunto de regras que se aplica sobre *algo* sem conformá-lo. Neumann demonstrou que, pelo contrário, o direito, quando em funcionamento, conforma seu objeto, estabelecendo certo padrão de sociabilidade.

Mesmo em áreas em que a influência das normas estatais é pouca ou nula, como no campo dos contratos (v. COLLINS, 1999), o direito mantém seu poder de conformação do mercado. Se, como já visto, recorrer à sanção legal, ou seja, ao Poder Judiciário, para fazer valer um contrato é um fenômeno marginal ou mesmo irrelevante para o andamento das transações contratuais (COLLINS:1999:104), o direito privado pode ter grande relevância na regulação de cada mercado, compreendido em sua singularidade:

A vantagem básica da regulação do direito privado diz respeito à possibilidade das partes em um contrato se auto-instituírem ou auto-regularem, de modo que toda intervenção tem de ser justificada ou como aquela que melhor alcançou seus objetivos ou como aquela que persegue importantes objetivos distributivos. Esse estilo de regulação reflexiva assegura que as intervenções confrontem o contexto das transações e providenciem regulações ligadas às circunstâncias particulares da transação (COLLINS, 1999:358).

Do mesmo modo, o debate sobre a adequação do uso da linguagem dos direitos para regular determinados objetos não nega a necessidade de manter a forma direito funcionando. Lembremos, há dois níveis de análise que devem ser contemplados por um teórico crítico. No exemplo discutido por Butler e citado acima, se a linguagem dos direitos pode ser deletéria

para regular o *hate speech*, isso não significa que a forma direto seja prescindível. Trata-se de suprimir a regulação específica num ambiente em que se mantenham as regras abstratas sobre liberdade de expressão, devido processo legal etc.

Em outro texto, a mesma Judith Butler discute a regulação da relação entre homossexuais. Reconhecer juridicamente o casamento gay, diz ela, é importante para fins práticos e simbólicos. No entanto, é preciso lembrar que este processo afirma o Estado soberano como lugar competente para sancionar as relações afetivas. Ao construir um modelo legal de casamento que inclua os gays, certamente se estará excluindo dele uma série de outras relações, existentes e futuras, que poderiam reivindicar o mesmo *status* e os mesmos benefícios. Além disso, essa consagração legal cria um “dentro” e um “fora”; sancionados por um poder universalizante que confere ao par força simbólica. É preciso tomar cuidado para que os que estão “dentro” não defendam as fronteiras dessa posição contra elementos indesejados; exatamente como hoje quando heterossexuais se opõem a uniões entre gays. Assim, se é necessário consagrar em lei direitos de gênero, pois sem isso estas pessoas não podem gozar de uma série de serviços sociais e políticas públicas, é preciso manter-se atento para os eventuais efeitos perversos que a linguagem do direito possa ter sobre as relações afetivas (BUTLER, 2002).

Outro exemplo: a destruição do direito do trabalho como modelo de proteção social na sociedade contemporânea (FARIA, 2002:107-110) pode ser encarado como oportunidade de construir um modelo de proteção mais inclusivo e eficaz. O modelo de proteção social da sociedade salarial (CASTELS, 1998) está em crise porque deixou de ser eficaz. Ele se alimentava da demanda da indústria fordista-taylorista por mão-de-obra contratada por tempo indeterminado. Quando esta demanda deixa de ser central, o modelo de proteção baseado nela deixa de funcionar a contento. Antes de prosseguir, gastemos alguns parágrafos para explicar este ponto.

O emprego, pelo menos na maior parte dos países europeus, ainda é a principal maneira de um indivíduo se relacionar com o capital e conseguir ganhar a sua vida. O modelo do emprego pode ser descrito, muito sucintamente, como uma relação de subordinação contínua entre um empregado e um empregador pela qual troca-se trabalho por dinheiro. Os empregados permanecem às ordens de seus empregadores por determinado tempo, ou até realizarem uma tarefa; recebem ordens deles e, em troca, recebem salário. Este modelo de contratação está ligado a certo substrato social: a fábrica fordista-taylorista, ou seja, uma

fábrica com grandes linhas de montagem não-robotizadas e não-informatizadas que necessitavam de uma enorme quantidade de trabalhadores para serem operadas. O capital tinha necessidade inúmeros trabalhadores contratados sob a forma de emprego para que seus negócios pudessem funcionar. Grande parte da estratégia de luta dos sindicatos e da eficácia do direito do trabalho em proteger os trabalhadores está ligada a esta necessidade.

Em nome da proteção ao trabalhador, liga-se ao contrato de emprego uma série de outros direitos que permitem distribuir renda e proteger o trabalhador. Estes direitos são afirmados pela lei como conteúdo obrigatório dos contratos de trabalho. O direito do trabalho e todos os mecanismos do Estado de Bem-estar Social nascem dessa estratégia. E, quanto maior a necessidade de mão-de-obra a ser contratada por meio do emprego, mais eficaz é este modelo de regulação. O problema atual é que o contrato de emprego vem deixando de ser o principal meio de contratação de mão-de-obra (CASTEL, 2005:69 e ss). Por exemplo, nunca o foi nos Estados Unidos, tampouco no Brasil, país com altos índices de informalidade. A despeito disso, se o contrato deixar de ser a porta de entrada no mundo do trabalho, ligar a ele qualquer estratégia de proteção social deixa de ter a mesma eficácia.

Se isso for verdade, aqueles que desejarem pensar uma estratégia de proteção para os trabalhadores devem fazê-lo para além do contrato de emprego. Outra solução seria aumentar a demanda por esta espécie de contratação. Mas será razoável e eficaz exigir que essa forma contratação seja privilegiada diante das mudanças pelas quais passou o processo produtivo num contexto de globalização da atividade econômica? A eficácia da proteção social centrada no salário foi usar a demanda por mão-de-obra contra os interesses dos empregadores, alargando o espaço de controle social sobre a regulação. Juridicamente, tratou-se de modificar o sentido do ato de contratar, visto como meio de satisfazer os interesses das partes contratantes, mas também de realizar valores sociais.

Diante das mudanças no padrão de contratação da mão-de-obra, talvez seja o caso de pensar em formas de proteção que tenham a mesma eficácia do modelo anterior. Uma das propostas em debate é ligar a proteção social à pessoa do trabalhador e não ao contrato que ele celebra. Independentemente do tipo de contrato celebrado e, inclusive, durante períodos em que o indivíduo não esteja trabalhando (em caso de desemprego, para formação profissional ou por problemas pessoais), o trabalhador permanece com o direito à proteção (CASTEL, 2005:84).

Outro problema: hoje, os trabalhadores tendem a mudar mais vezes de emprego ao longo da vida, ou seja, suas trajetórias profissionais são mais descontínuas. Diante disso, discutem-se formas de fazer a transição entre dois estados de forma protegida e organizada para que o trabalhador não tenha sua renda degradada e para que não se submeta a trabalhos indignos. Nesse sentido, defende-se o direito à formação profissional contínua para que os trabalhadores sejam capazes de encontrar novas funções em mercados diferentes (CASTEL, 2005:86).

Não há hoje um modelo de proteção social que resolva estes problemas, apenas uma reflexão teórica e algumas políticas sendo praticadas em alguns Estados ocidentais. Mesmo assim, esta é a questão central para o estudo do trabalho e do direito do trabalho. É possível imaginar a construção de um modelo de flexibilidade protetiva, ou *flexisseguridade*, que se afaste do contrato de emprego sem abdicar da proteção social (CASTEL, 2005:88).

Os três exemplos de mudança no direito discutidos acima – regulação dos contratos, regulação do casamento gay e da proteção do trabalhador – nos fazem ver que a presença da forma direito cria um horizonte de possibilidades institucionalizadas que podem ser dirigidas para objetivos emancipatórios, conforme a pressão dos grupos sociais plasmada em projetos de juridificação. Descrever e reconstruir racionalmente o ordenamento jurídico com o objetivo de defender projetos de juridificação é tarefa central para uma teoria crítica do direito. Um teórico crítico deve defender um direito insurgente a partir de dentro, ou seja, a partir das instituições realmente existentes. E isso se faz em relação a cada objeto regulado. Cada área do direito terá uma relação diferente entre auto-regulação e heterorregulação resultado do embate entre os projetos de juridificação que se apresentem na esfera pública. A teoria crítica deve intervir nesse embate para discutir o sentido de cada projeto e sua relação com a forma direito, ou seja, sua capacidade de incrementar o controle social sobre a regulação.

Não se trata de substituir-se à ação dos movimentos sociais e seus projetos de juridificação, mas de reconstruir seus pressupostos e os pressupostos das instituições existentes para pensar seu sentido e propor alternativas emancipatórias. Acima de tudo, é preciso afirmar que a solução do dilema auto-regulação  $\times$  heterorregulação, juridificação  $\times$  desjuridificação, não se resolve por meios exclusivamente técnicos, mas pelo conflito entre projetos no interior da forma direito. O direito não é um meio passivo nem a sociedade inerte.

Como já dito, qualquer projeto de juridificação precisa levar em conta as características da regulação que conforma as diversas instituições e os vários setores do ordenamento jurídico. Para realizar esta tarefa, é essencial dialogar com pesquisas que pensaram estas questões e procuraram identificar os limites institucionais para a ação social. A sociologia do direito e outros ramos do saber dedicados à pesquisa empírica em direito têm realizado uma rica descrição dos fenômenos de auto-regulação que caracterizam o mundo contemporâneo. Os exemplos são infindáveis, pelo menos fora do Brasil.

Por exemplo, o texto de Marc Galanter, *Why the “haves” come out ahead: speculations on the limits of legal change*, fundador do campo de pesquisas intitulado Law & Society nos Estados Unidos, pode ser apontado como central para pensar criticamente a auto-regulação (GALANTER, 1974). Seu objetivo é mostrar os limites do processo judicial como instrumento de redistribuição de riqueza entre os grupos sociais. Para tanto, Galanter constrói uma tipologia para demonstrar que há grupos, entidades e indivíduos que litigam com frequência e outros que litigam raramente. Os primeiros levam vantagem na utilização do aparelho judicial por o compreenderem estabelecendo melhores relações com seus representantes. O autor incorpora outras variáveis em sua análise, apontando como o processo judicial pode ser custoso e de acesso difícil. Além disso, constata que quanto maior o grau de interdependência entre duas partes, menor a probabilidade de levarem seu conflito ao Poder Judiciário, pois isso comprometeria a relação no longo prazo.

A partir da segunda constatação pode-se imaginar, por exemplo, que a melhor maneira de regular os efeitos negativos de relações contratuais não seja utilizando o Poder Judiciário. Como vimos, estas relações passam, muitas vezes, ao largo das normas estatais. De mesma, e essa é uma conclusão do próprio Galanter, montar uma estratégia judicial para obter uma mudança nas regras jurídicas é extremamente custoso.

Os vários tipos de “have nots” dispõem de poucos recursos para implementar mudanças por meio da legislação ou da formação de políticas administrativas. As vantagens dos organizados, profissionais, mais ricos e atentos nesses fóruns são bem conhecidas. O litígio, por outro lado, tem um sabor de igualdade. As partes são “iguais perante a lei” e as regras do jogo não lhes permitem utilizar todos os seus recursos no conflito, mas requerem que eles procedam nos limites das formas do julgamento. Assim, o litígio é uma arena particularmente tentadora para os “have-nots”, incluindo aqueles que buscam modificar as regras. Aqueles que procuram mudanças por meio das cortes tendem a representar

interesses relativamente isolados, incapazes de conduzir os problemas em outras formas políticas. O litígio, contudo, pode não ser uma fonte já pronta de mudança de regras para os “have-nots”. A complexidade, a necessidade de altos *inputs* dos serviços jurídicos e as barreiras dos custos (intensificados pelas facilidades institucionais sobrecarregadas) tornam caras as mudanças de regras (GALANTER, 1974:45).

Ademais, Galanter mostra como a estrutura das cortes limita o tipo de mudanças que se podem obter por seu intermédio, entrando em minúcias sobre as características do direito norte-americano (GALANTER, 1974:46). Adiante, conclui pela necessidade de submeter alguns tipos de relação à auto-regulação e outros à legalização e à utilização das cortes (GALANTER, 1974:54-55). Em outro artigo, Galanter afirma que, diante da dificuldade de regular os fatos sociais, há respostas *legalistas*, que desejam reafirmar a centralidade de regulação pelo Estado, *tecnocráticas*, que rejeitam a formalidade legal e desejam uma regulação mais finalista e instrumental, e comunitárias, que rejeitam a burocratização e profissionalização do direito, defendendo soluções informais e comunitárias (GALANTER, 1980:12). Após longa discussão das características das ordens jurídicas ocidentais, o autor assevera:

Eu diria que, em curto prazo, ao menos, os prospectos do direito são bons. Sua posição de forma alguma é frágil ou precária e demonstrou resiliência como uma instituição. Ele está sofrendo mudanças maiores: por exemplo, parece haver um declínio em sua importância como regulador direto das relações por meio da aplicação formal das normas jurídicas. Isso abre caminho, por um lado, a uma proliferação de regulação tecnocrática e, por outro lado, a vários sistemas privados de ordenamento. Mesmo ao diminuir sua antiga função, o núcleo legalista permanece intacto como uma fonte tanto para a legitimidade quanto para o idioma de controle (GALANTER, 1980:21).

O diagnóstico vale para o direito norte-americano e data de 1980. No entanto, coloca o problema central que estamos discutindo e levanta algumas das alternativas de solução. Em texto mais recente, o autor mostra como o número de ações judiciais cresceu, juntamente do acesso à justiça em virtude da expansão de serviços de assistência judiciária para os pobres e da advocacia de interesse público (GALANTER, 1992:12). Além disso, houve expansão na legalização em áreas como justiça criminal, educação, hospitais psiquiátricos e agências de bem-estar social, direito ambiental etc. (GALANTER, 1992:13). Há mais informações sobre o direito, informações mais acessíveis e mais acesso a advogados (GALANTER, 1992:14-17).

Em suma, há cada vez mais advogados e demandas; as instituições legais estão preocupadas com seus custos e efetividade e como as empresas, advogados e juízes agem para redesenhar as instituições e procedimentos; o direito é produzido de modo cada vez mais plural e descentralizado; há mais regras e cláusulas gerais sendo aplicadas por mais atores a mais casos concretos, o que amplia a velocidade das mudanças no direito; muitas soluções são negociadas e não nascem de sentenças; o direito está mais aberto a dados e métodos de outras disciplinas; a complexidade do direito aumenta os custos de sua operação; o direito age cada vez mais de forma indireta, em vez de regular condutas. Todas estas tendências trazem o perigo da desdiferenciação do direito, ou seja, o perigo da perda de sua especificidade (GALANTER, 1992:24).

Mas não basta descrever estas tendências que fazem pender a balança do direito para a auto-regulação e, no limite, para a perda de sua especificidade. É preciso manifestar-se criticamente sobre o processo identificando o embate de poder que se expressa nesta pressão pela desdiferenciação do direito em relação a cada setor do ordenamento, em função de cada objeto regulado. Em seguida, é necessário pensar alternativas emancipatórias que favoreçam a eficiência do direito, mas também o controle social sobre a regulação.

Como já dissemos no capítulo 3 deste trabalho, esta discussão pressupõe uma reflexão constante sobre a capacidade das instituições de captarem as vozes da sociedade e darem respostas eficientes aos problemas que os diversos projetos de juridificação colocam para a forma jurídica. A obra de Franz Neumann não permite que identifiquemos o lugar privilegiado do embate entre projetos de juridificação. Pode-se imaginar que ele possa ocorrer nos órgãos competentes para criar e para aplicar normas. Neumann não mostra qual é o lugar privilegiado para construir uma estratégia unificada de regulação que leve em conta a especificidade de cada objeto regulado, os órgãos competentes por criar e aplicar normas e os diversos projetos de juridificação.

No entanto, *O Império do direito* afirma que a pesquisa científica tem o papel de vigiar e tematizar os atos de criação e aplicação do direito, servindo de orientação para eventuais reformas institucionais. A partir dessa afirmação podemos inferir, pois isso Neumann não sustenta expressamente, que a pesquisa científica é importante no que tenha de influência sobre a esfera pública e sobre os mecanismos competentes por tomar decisões.



A pesquisa empírica informa a crítica e os projetos de reforma institucional. Para pensar tais reformas, é preciso pressupor um lugar em que os diversos projetos de juridificação e o debate sobre os objetos regulados sejam formulados numa linguagem comum. É preciso contar com um ambiente relativamente neutro, que não se confunda com a racionalidade de cada estrutura regulatória e com os vários projetos de juridificação, e que funcione como espaço de construção de estratégias para articular as diversas esferas de regulação.

Nesse lugar, será possível pensar um projeto emancipatório coerente que leve em conta os diversos setores do ordenamento jurídico, pensando articuladamente modelos de regulação do trabalho, da empresa, dos contratos, da propriedade privada etc. Neumann não diz qual seria este lugar. Na formulação de *O Império do direito*, este lugar pode ser todos os lugares (todos os órgãos de criação e aplicação de normas) ou lugar nenhum (cada órgão levanta demandas específicas e tem características singulares que dificultam pensar no todo). Seria este lugar a ciência do direito, ou seja, a esfera científica?

Uma solução como esta seria incoerente com o diagnóstico de Neumann: vale a pena apostar no direito, diz ele. Vale a pena pensá-lo institucionalmente como mediação para a emancipação, ou seja, ele abre espaço para uma práxis. Diante de uma forma de direito em funcionamento, não cabe apenas pensá-la, mas transformá-la. Se for assim, onde estaria a teoria da esfera pública (ou algo parecido) de Franz Neumann? Onde este lugar em que a sociedade poderá tematizar conflituosamente regulação para construir projetos emancipatórios globais? Onde este lugar em que a pesquisa pode informar as ações dos grupos sociais?

Neumann reconhece que o Poder Legislativo não é mais, exclusivamente, o lugar em que se discute a criação de normas. Na verdade, nosso autor aponta para uma diversidade de órgãos e formas de regulação que não pode mais ser compreendida pela divisão clássica entre Legislativo, Executivo e Judiciário. Diante deste quadro, trata-se de pensar formas de controle democrático e articulação entre estas diversas instâncias (v. MATTOS, 2004; ROCHA, 2004). A esfera pública precisa abrigar debates sobre criação e aplicação das normas, sobre a forma de direito e a regulação dos diversos setores sociais. Talvez seja o papel da teoria tornar essa pluralidade de aspectos e dimensões do direito atual inteligível para que a sociedade tenha acesso a este emaranhado de argumentos, instituições e elementos mais ou menos desconexos.

Por exemplo, Klaus Günther tem sido capaz de reconstruir a racionalidade de uma série de instituições, abrindo espaço para que pensemos em alternativas. Em Responsabilização na sociedade civil mostra que a tendência atual de vários ramos do direito é a responsabilização jurídica dos indivíduos por diversos fatos da vida. Isso tem ocorrido no campo dos riscos da natureza e meio ambiente: procura-se responsabilizar alguém pelo controle de riscos e pelos prejuízos causados. Em nome da competitividade, o Estado social vem sendo desmontado e os indivíduos responsabilizados pelo seu próprio futuro. No direito penal aumenta a responsabilização dos indivíduos em detrimento de considerações sobre problemas de socialização ou na estrutura social (GÜNTHER, 2002:105-107). Este processo de redistribuição de responsabilidades sobrecarrega os indivíduos.

Se não é mais a sociedade, mas cada indivíduo o responsável por suas condições de existência, isso significa, entre outras coisas, que aqueles que elaboram a política social e os concidadãos que pagam contribuições obrigatórias para uma previdência social pública são liberados da co-responsabilidade solidária pelas condições de vida de cada indivíduo na velhice (GÜNTHER, 2002:109).

Esta mudança de regulação aumenta o espaço de liberdade dos indivíduos, mas, ao mesmo tempo, o sobrecarrega, ao imputar-lhe responsabilidade sobre fatos que antes ficavam a cargo da sociedade. Exigem-se do indivíduo autogoverno, autocontrole e autodisciplina para gerir todos os riscos que ameaçam sua existência, até a velhice, potencializados pela globalização (GÜNTHER, 2002:110-111). Sua proposta de “responsabilização pela responsabilização” é uma alternativa a esta situação. Trata-se de tornar o debate sobre a responsabilização tema público quanto aos diversos contextos em que as pessoas são responsabilizadas.

A exigência de tematização pública torna visível o tema, ou seja, dá acesso às consequências sociais da regulação da responsabilidade, diluídas em diversos contextos de regulação diferentes. Ao reconstruir o sentido do direito positivo, a teoria explicita o projeto de regulação nele implícito, dando coerência a diversos institutos dispersos no ordenamento jurídico. No texto que estamos comentando, Günther busca uma alternativa institucional para o direito pena. Não temos espaço para comentá-la em detalhe (GÜNTHER, 2002:114-118). O que nos importa é ressaltar o papel da teoria em emprestar sentido ao direito positivo, explicitando a distribuição de poder que cada modelo de juridificação implica para pensar em alternativas.

Em texto mais recente, Günther discute o sentido das restrições aos direitos fundamentais adotadas sob a justificativa de aumentar a segurança para combater o terrorismo. Citando o artigo de Franz Neumann *Der Funktionswandel des Gesetzes...*, o autor afirma que a sociedade está fazendo um uso instrumental e espúrio das normas gerais. Os cidadãos aceitam potenciais restrições aos seus direitos fundamentais para atingir, efetivamente, certos grupos, julgados criminosos ou terroristas. Defende-se certa forma de vida contra minorias utilizando-se seletivamente de normas gerais (GÜNTHER, 2005, 386), ou seja, um determinado projeto de juridificação.

Mais adiante no texto, Günther mostra que o aumento da criminalização e das restrições à liberdade é acompanhada da liberalização dos mercados e trocas econômicas. A auto-regulação da sociedade no que diz respeito aos mercados tem como contrapartida o aumento da heterorregulação em âmbito nacional, restritiva de direitos fundamentais, com o fim de lidar com migrações, crime organizado, mau funcionamento do sistema econômico e terrorismo. O Ocidente defende medidas restritivas com o propósito de atingir outras formas de vida e busca implementar pelo direito internacional a liberalização universal dos mercados. Diante de tudo isso, a idéia de liberdade passa a ter um sentido diferente. Sua realização identifica-se diretamente com a liberalização dos mercados e se afasta dos direitos humanos (GÜNTHER, 2005:389-390).

A descrição do aumento da auto-regulação e as contradições na regulação da liberdade colocam em evidência problemas importantes para pensar o direito contemporâneo, mas não avançam muito na descrição dos projetos de juridificação e de seus sujeitos. Exceto no caso de Günther e do direito penal, não há proposta de alternativas institucionais que visem a aumentar o controle social da regulação. Apesar disso, estas reconstruções tornam inteligível a evolução do direito e podem servir de ponto de partida para pensar reformas institucionais.

Outra possibilidade interessante é a postura de Judith Butler em relação às estruturas regulatórias que caracterizam o direito do Ocidente. As duas análises que citamos ao longo deste trabalho, a respeito de Guantânamo e do casamento gay (BUTLER, 2006, 2002), fundam-se numa concepção de crítica que abre espaço para a pesquisa empírica e análises setoriais detalhadas das instituições. Butler não está preocupada em defender propostas de reforma institucional com sentido emancipatório, mas afirma a necessidade de analisar radicalmente a capacidade de figuração das instituições sociais. A partir da constatação de que os

mecanismos de poder agem *sobre* os sujeitos e, ao mesmo tempo, os constituem, ou seja, os estatuem<sup>29</sup> na condição de ser (*enact the subject into being*) (BUTLER, 1997b:13), a autora desenvolve uma série de análises concretas em que a tarefa da teoria coloca em risco a condição de sujeito ao explicitar os mecanismos pelos quais ele age e, ao mesmo tempo, o instituem como agente (BUTLER, 1997b:29).

Para Butler, um sujeito é a ocasião lingüística do indivíduo de obter e reproduzir inteligibilidade, a condição lingüística de sua existência e ação (BUTLER, 1997b:11). Numa linha de análise muito semelhante, Adi Ophir afirma que a posição de cada sujeito delimita certo campo de discurso e ação (OPHIR, 2005:69). A instituição de determinadas posições subjetivas em diferentes campos de discurso e ação recorta certas possibilidades de identificação dos objetos. Estes mecanismos são as cortes, a imprensa, o laboratório, o museu etc. (OPHIR, 2005:71). Cada discurso atribui ao sujeito uma estrutura coerente e um fundamento de legitimidade (OPHIR, 2005:73).

Descendo um pouco o grau de abstração e lembrando as análises de Butler que citamos, descrever e criticar estes mecanismos de poder é tarefa da teoria crítica. Butler traz um elemento importante para o debate que acrescenta um novo campo de pesquisa para o campo crítico: a ligação afetiva entre sujeito e regra. Segundo a autora, o sujeito sofre da melancolia que marca os limites de sua subjetivação (BUTLER, 1997b:29), afinal, os mecanismos de poder o sujeitam e, ao mesmo tempo, o empoderam: trazem o sujeito à condição de ser. Criticar os mecanismos de poder é colocar em risco a condição de sujeito ao explicitar os mecanismos de sua constituição. Diante destas afirmações, pode-se perguntar: todas as instituições despertam essa afetividade melancólica ou apenas algumas delas? Se houver diferenças entre as instituições quanto a este ponto, pode ser que este elemento ajude a explicar a resistência social à reforma de determinadas estruturas institucionais e a facilidade com que se realizam mudanças em outros campos.

De qualquer maneira, para o que nos interessa, as análises de Butler podem ser interpretadas como investigações sobre os limites de figuração de cada projeto de regulação, de cada órgão regulatório. Assim, estão a serviço do aperfeiçoamento da capacidade das instituições de captar a voz da sociedade. O projeto teórico de Ophir segue na mesma linha, visando desenvolver categorias adequadas para escutar o sofrimento dos sujeitos nos mais

---

<sup>29</sup> Traduzo “enact” por “estatuir” para manter a ressonância jurídica do termo em inglês.

diversos níveis. Este tipo de abordagem fornece elementos importantes para pensar a adequação das formas de regulação aos objetos regulados nos mais diversos campos do direito. A maneira pela qual são institucionalizadas determinadas posições subjetivas em órgãos variados desenha um determinado campo semântico capaz de captar certo tipo de objeto e não outros. A reflexão sobre estes problemas pode contribuir para que as estruturas regulatórias se tornem aptas a lidar com as várias espécies de conflito.

Neste mesmo nível de abstração, a tradição dos *Critical Legal Studies* norte-americana acrescenta muito ao campo crítico, especialmente suas análises de instituições concretas (v. a coletânea organizada por KAIRYS, 1998). Se alguns teóricos deste campo de estudos afirmam a irracionalidade do direito (v. a crítica de HABERMAS, 1996:216) e sua conseqüente redução à política, as análises de instituições concretas contribuem muito para identificar os projetos de juridificação cristalizados nas instituições estatais e seus limites, fornecendo material valioso para reconstruir racionalmente os diversos setores da regulação. Neste campo de estudos, trata-se de evidenciar a configuração de poder que cada estrutura regulatória consagra e a disputa de poder que se desenvolve em torno dela. Evidenciar isto e desenvolver uma práxis que defenda normativamente a autonomia do direito é tarefa da teoria crítica.

No entanto, a despeito da importância de pensar a forma direito em abstrato, a tarefa crítica por excelência localiza-se num nível de abstração mais baixo. Como nos faz ver Neumann, o direito em abstrato é apenas potencialmente emancipatório. Ainda durante a República de Weimar, nosso autor percebeu que o ativismo jurídico depende estreitamente do momento da aplicação. A existência da forma direito e suas instituições encerra um potencial emancipatório que a ação dos movimentos sociais pode ou não colocar em ato. Este potencial está estreitamente ligado à natureza das demandas dirigidas às instituições. Sem o desenvolvimento de projetos de juridificação emancipatórios é impossível provocar mudanças na regulação que impliquem maior controle social sobre os rumos da sociedade.

Ao criar a legislação trabalhista, o Estado fez a balança de poder pender para o lado dos trabalhadores, atribuindo-lhes parte da riqueza social e colocando em questão a visão do contrato como troca de equivalentes. Esta ação no campo trabalhista resultou na revisão do próprio sentido do ato de contratar. Desde há muito, o contrato não é mais visto pelo direito como o encontro de dois sujeitos egoístas, mas como uma operação econômica que interessa a toda a sociedade e, portanto, pode estar sujeito a limites estabelecidos em razão de interesses

da coletividade. Todos os campos de regulação contratual sofreram a influência desta mudança (v. COLLINS, 1993, 1999; NEGREIROS, 2006). Da mesma maneira, ao consagrar o princípio da função social da propriedade, a Constituição de Weimar aumentou o controle social sobre a utilização da propriedade privada e abriu espaço para a regulação específica de diversos bens em função da vontade social. O mesmo se pode dizer de tantos outros setores do ordenamento e institutos jurídicos, característicos dos Estados de Bem-Estar Social.

Situar a crítica exclusivamente no nível abstrato da forma direito resulta, necessariamente, numa prática defensiva. Trata-se apenas de zelar pela manutenção do potencial emancipatório do direito, ou seja, garantir que a forma direito continue a funcionar. A possibilidade de emancipação se coloca, de fato, no nível menos abstrato de projetos de juridificação relacionados aos diversos setores e institutos do ordenamento jurídico. Este é o verdadeiro campo de batalha da teoria crítica do direito. Não há uma ligação necessária entre forma direito e distribuição de renda, entre forma direito e igualdade de oportunidade, entre forma direito e o fim da discriminação dos negros e das mulheres. Por esta razão, os estudiosos de direito civil, direito do trabalho, direito societário, direito penal etc., estão mais perto das questões que realmente interessam do que os teóricos do direito que se limitam a zelar pela integridade das abstrações. A batalha da autonomia e da emancipação via direito liberal só pode ser travada em cada setor do ordenamento jurídico. A reconstrução racional do sentido global deste processo se alimenta de reconstruções parciais por teorias de médio alcance e, mais do que tudo, não substitui a luta pelo direito, ou seja, a construção e defesa de projetos de juridificação.

A teoria crítica do direito trabalha no intervalo entre as demandas sociais por justiça e a imperfeição das instituições. A capacidade social de inventar instituições que façam diminuir este intervalo é o alimento da crítica ao direito que, como mostrou Neumann, refere-se sempre ao direito positivo. Ela consiste na reconstrução e crítica das instituições positivadas e se alimenta das demandas nascidas da sociedade, cujo ativismo é protegido e conformado pela forma direito e pelos institutos que compõem os diversos setores do ordenamento jurídico. Não há crítica a partir do transcendente, tampouco externa ao funcionamento das instituições. A pretensão da crítica é institucionalizar-se para diminuir o intervalo entre as demandas por justiça e a imperfeição do direito existente, num processo incessante de reforma institucional. Até que se realize a utopia institucional de que falamos há pouco, a pauta da teoria crítica do direito estará sempre aberta.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AARNIO, Aulis. *Lo racional como razonable*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- ABENSOUR, Miguel. *A democracia contra o Estado: Marx e o momento maquiaveliano*. Belo Horizonte: UFMG, 1998.
- ACKERMANN, Bruce. The new separation of powers. *Harvard Law Review*, v. 113, n. 3, jan. 2000.
- AGAMBEN, Giorgio. *Homo sacer. O poder soberano e a vida nua I*. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2002.
- . *Stato di eccezione. Homo sacer, II, I*. Torino: Bolati Boringhieri, 2003.
- ALSOP, Ruth; BERTELSEN, Mette; HOLLAND, Jeremy. *Empowerment in practice. From analysis to implementation*. Washington: The World Bank, 2006.
- ARIDA, Pêrsio. A pesquisa em direito e em economia: em torno da historicidade da norma. *Revista Direito GV*, v. 1, n. 1, 2005.
- ATIENZA, Manuel. *Marx y los derechos humanos*. Madrid: Editorial Mesquita, 1982.
- AYRES, Ian; BRAITHWAITE, John. *Responsive regulation: transcending the deregulation debate*. Oxford: Oxford University Press, 1992.
- BALDWIN, Robert. Why rules don't work?. *Modern Law Review*, v. 321, n. 53, p. 3, 1990.
- . *Rules and government*. Oxford: Oxford University Press, 1995.
- ; CAVE, Martin. *Understanding regulation*. Oxford: Oxford University Press, 1999.
- BECK, Ulrich. *Power in the global age*. Cambridge: Polity, 2005.
- BENTHAM, Jeremy. *Traité de législation civile et pénale*. Paris: Rey et Gravier Librairies, 1830.
- . *Pannomial fragments*. Disponível em: <[www.la.utexas.edu/labyrinth](http://www.la.utexas.edu/labyrinth)>. Acesso em: 6 set. 2005.

- BERCOVICI, Gilberto. *Constituição e Estado de exceção permanente: atualidade de Weimar*. Rio de Janeiro: Azougue Editorial, 2004.
- BESSEL, Richard. Why did Weimar Republic collapse? In: KERSHAW, Ian (Ed.). *Weimar: why did German democracy fail?* London: Weidenfeld and Nicholson, 1990.
- BLACK, Julia. Proceduralization and policentric regulation. *Revista Direito GV*, Especial 1, 2005.
- BOBBIO, Norberto. *O marxismo e o Estado*. Rio de Janeiro: Graal, 1991.
- BORCHARDT, Knut. Zwangslagen und Handlungsspielräume in der großen Wirtschaftskrise der frühen dreißiger Jahre: Zur Revision des überlieferten Geschichtsbildes. In: ———. *Wachstum Krisen, Handlungsspielräume der Wirtschaftspolitik, Studien zur Geschichte des 19. und 20. Jahrhunderts*. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1982.
- BRAITHWAITE, John. Rules and principles: a theory of legal certainty. *Australian Journal of Legal Philosophy*, v. 27, p. 47-82, 2002.
- BUTLER, Judith. *Excitable speech: a politics of the performative*. London: Routledge, 1997.
- . *The psychic life of power. Theories in subjection*. Stanford: Stanford University Press, 1997b.
- . *Precarious life: the power of mourning and violence*. London: Verso, 2006.
- . Is kinship always already homosexual?. In: BROWN, Wendy; HALLEY, Janet. *Left legalism/left critique*. Durham: Duke University Press, 2002.
- CALDWELL, Peter. *The theory and practice of Weimar Constitutionalism*. Durham: Duke University Press, 1997.
- CAMPBELL, David. *The failure of Marxism*. The concept of inversions in Marx's critique of Capitalism. Brookfield: Dartmouth, 1996.
- . Towards a less irrelevant Socialism: stakeholding as a "reform" of the capitalist economy. *Journal of Law and Society*, v. 24, n. 1, Mar. 1997.
- CASTEL, Robert. *As metamorfoses da questão social*. Uma crônica do salário. São Paulo: Vozes, 1998.
- . *A insegurança social: o que é ser protegido?*. São Paulo: Vozes, 2005.



- CODATO, A. N.; PERISSINOTTO, R. M. O Estado como instituição: uma leitura das obras históricas de Marx. *Crítica Marxista*, São Paulo, v. 13, 2001.
- COLLINS, Hugh. *The law of contract*. Oxford: Oxford University Press, 1993.
- . *Regulating contracts*. Oxford: Oxford University Press, 1999.
- . *Marxism and law*. Oxford: Oxford University Press, 2001.
- COTTERRELL, Roger. *Law's community*. Legal theory in sociological perspective. Oxford: Clarendon Press, 1995.
- COUTINHO, Carlos Nelson, *A democracia como valor universal*, São Paulo: Livraria Editora Ciências Humanas, 1980.
- . *A dualidade de poderes: introdução à teoria marxista do Estado e da Revolução*. São Paulo: Brasiliense, 1985.
- . *Marxismo e política: a dualidade de poderes e outros ensaios*. São Paulo: Cortez, 1996.
- . *Gramsci*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1999.
- . *Contra a corrente*. São Paulo: Cortez, 2000.
- COUTINHO, Diogo Rosenthal. Entre eficiência e equidade: A universalização das telecomunicações em países em desenvolvimento. *Revista Direito GV*, v. 1 n. 2, 2005.
- CRAIG, Gordon. *Germany 1866-1945*. Oxford: Oxford University Press, 1980.
- CUNHA, Luciana Gross. Notes on access to justice in a megalopolis: São Paulo, Brazil. *IDS Working Paper*, n. 181, 2003.
- ; CUNHA, Alexandre Santos Cunha; SCABIN, Flávia; MACÁRIO, Mariana; ISSA, Marcelo. O sistema de justiça brasileiro, a produção de informações e sua utilização. *Cadernos Direito GV*, v. 2 n. 1, jan. 2005.
- DRAPER, Hal. *Karl Marx's theory of revolution*. New York: Monthly Review Press, 1977. v. 1: State and bureaucracy.
- DUPEUX, Louis. *História cultural da Alemanha 1919-1960*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1992.
- DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

- DYZENHAUS, David. *Legality and legitimacy: Carl Schmitt, Hans Kelsen and Hermann Heller in Weimar*. Oxford: Oxford University Press, 1999.
- ENGELS, Friedrich. Introdução: A luta de classes na França (1848-1850). In: ———; MARX, Karl. *Obras escolhidas*. São Paulo: Alfa-Ômega, 1980. v. 1.
- ENGISH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1988.
- FARIA, José Eduardo. *Direito e economia na democratização brasileira*. São Paulo: Malheiros, 1993.
- . *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 1999.
- . Estado, sociedade e direito. In: FARIA, José Eduardo; KUNTZ, Rolf. *Qual o futuro dos direitos? Estado, mercado e justiça na reestruturação capitalista*. São Paulo: Max Limonad, 2002.
- FAUSTO, Ruy. *Marx: lógica & política*. São Paulo: Brasiliense, 1983. t. I.
- . *Marx: lógica & política*. São Paulo: Brasiliense, 1987. t. II.
- FERNANDES, Florestan. A reconstrução da realidade nas ciências sociais. In: IANNI, Octavio (Org.). *Florestan Fernandes: sociologia crítica e militante*. São Paulo: Expressão Popular, 2004.
- . *Sociologia: objeto e principais problemas*. In: IANNI, Octavio (Org.). *Florestan Fernandes: sociologia crítica e militante*. São Paulo: Expressão Popular, 2004b.
- FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Função social da dogmática jurídica*. São Paulo: RT, 1980.
- . *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Atlas, 2003.
- FERREIRA, Bernardo. *O risco do político*. Crítica ao liberalismo e teoria política no pensamento de Carl Schmitt. Belo Horizonte: Rio de Janeiro: Editora UFMG; IUPERJ, 2004.
- FETSCHER, Irvin. Bernstein e o desafio da ortodoxia. In: HOBBSBAWM, Eric J. (Org.). *História do Marxismo: o marxismo na época da segunda internacional (primeira parte)*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1982.
- FINE, Bob. *Democracy and the rule of law*. Marx's critique of the legal form. New Jersey: The Blackburn Press, 1984.

- FRAENKEL, Ernst. Kollektive Demokratie (1929). *Gesammelte Schriften*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1999. v. 1. (Tradução publicada em FRAENKEL, Ernst; KAHN-FREUND, Otto; KORSCH, Karl; NEUMANN, Franz; SINZHEIMER, Hugo. *Laboratorio Weimar: Conflitti e diritto del lavoro nella Germania prenazista*. Roma: Edizione Lavoro, 1982.)
- . Die Krise der Rechtsstaats und die Justiz (1931). *Gesammelte Schriften*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft. 1999. v. 1, p. 445-458.
- . Die politische Bedeutung des Arbeitsrechts (1932). *Gesammelte Schriften*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1999. v. 1. (Tradução publicada em FRAENKEL, Ernst; KAHN-FREUND, Otto; KORSCH, Karl; NEUMANN, Franz; SINZHEIMER, Hugo. *Laboratorio Weimar: conflitti e diritto del lavoro nella Germania prenazista*. Roma: Edizione Lavoro, 1982.)
- ; KAHN-FREUND, Otto; KORSCH, Karl; NEUMANN, Franz; SINZHEIMER, Hugo. *Laboratorio Weimar: conflitti e diritto del lavoro nella Germania prenazista*. Roma: Edizione Lavoro, 1982.
- FRIEDMANN, Barry. The politics of judicial review. *Texas Law Review*, v. 84, n. 2, 2005.
- FRIEDMANN, Milton. *Capitalismo e liberdade*. São Paulo: Artenova, 1977.
- FRIEDRICH, Jörg. *O incêndio: como os aliados destruíram as cidades alemãs*. São Paulo: Record, 2006.
- FROMM, Eric, *The Working Class in Weimar Germany*, Cambridge: Harvard University Press, 1984.
- GEARY, Employers. Workers, and the collapse of the Weimar Republic. In: KERSHAW, Ian (Ed.). *Weimar: why did German democracy fail?*. London: Weidenfeld and Nicholson, 1990.
- GALANTER, Marc. Why the “haves” come out ahead: speculations on the limits of legal change. *Law and Society Review*, v. 9, n. 1, 1974.
- . Legality and its discontents: a preliminary assessment of theories of legalization and delegalization. In: BLANKENBURG, E. et al. (Ed.). *Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, Band 6, p. 11-26, 1980.
- . Law abounding: legalization around North Atlantic. *The Modern Law Review*, v. 55, n. 1, Jan. 1992.

- GERAS, Norman. Essência e aparência: a análise da mercadoria em Marx. In: COHN, Gabriel (Org.). *Sociologia: para ler os clássicos*. Rio de Janeiro: Azougue Editorial, 2005.
- GIANNOTTI, José Arthur. *Origens da dialética do trabalho*. São Paulo: Difel, 1966.
- . *Certa herança marxista*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000a.
- . *Marx: vida & obra*. Porto Alegre: LP&M, 2000b.
- GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.
- GÜNTHER, Klaus. De la vulneración de un derecho a la infracción de un deber ¿un cambio de paradigma en el derecho penal?. *La insostenible situación de derecho penal*. Granada, 2000.
- . Responsabilização na sociedade civil. *Novos Estudos Cebrap*, n. 63, jul. 2002.
- . World citizens between freedom and security. *Constellations*, v. 12, n. 3, 2005.
- HABERMAS, Jürgen. *Theorie und Praxis*. Frankfurt: Surkamp, 1963.
- . A nova intransparência: a crise do Estado de Bem-Estar Social e o esgotamento das energias utópicas. *Novos Estudos Cebrap*, n. 18, set. 1987.
- . *Between facts and norms: contributions to a discourse theory of law and democracy*. Cambridge: MIT Press, 1998.
- HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1986.
- HASE, Friedhelm; RUETE, Matthias. Dekadenz der Rechtsentwicklung? Rationalität und Allgemeinheit des Gesetzes in der Rechtstheorie Franz L. Neumanns. In: PERELS, Joachim (Org.). *Recht, demokratie und Kapitalismus*. Aktualität und Probleme der Theorie Franz Neumanns. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1984.
- HELLER, Hermann. ¿Estado de Derecho o Dictadura? (1929). *Escritos políticos*. Madrid: Alianza, 1985.
- HETTINGER, Virginia A.; LINDQUIST, Stefanie A.; MARTINEK, Wendy L. *Judging on a collegial court: influences on federal appellate decision making*. Charlottesville: University of Virginia Press, 2006.
- HILFERDING, Rudolf. *O capital financeiro*. São Paulo: Abril Cultural, 1985.

- HOFELD, Wesley Lacombe. *Fundamental legal conceptionists as applied in judicial reasoning*. New Haven: Yale University Press, 1919.
- HOLTFREIRICH, Carl-Ludwig. Economic policy options and the end of the Weimar Republic. In: KERSHAW, Ian (Ed.). *Weimar: why did German Democracy fail?*. London: Weidenfeld and Nicholson, 1990.
- HONNETH, Axel. Teoria crítica. In: GIDDENS, Anthony (Org.). *Teoria social hoje*. São Paulo: Unesp, 1999.
- . “Anxiety and politics”: The strengths and weaknesses of Franz Neumann’s diagnosis of a social pathology. *Constellations*, v. 10, June 2003.
- . A social pathology of reason: on the intellectual legacy of critical theory. In: RUSH, Fred (Org.). *Critical theory*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.
- INTELMANN, Peter. *Franz Neumann*. Chancen und Dilemma des politischen Reformismus. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1996.
- ISER, Matthias; STRECKER, David (Org.). *Kritische Theorie der Politik*. Franz L. Neumann – eine Bilanz. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2002.
- JAKOBSON, Arthur J.; SCHLINK, Bernhard (Ed.). *Weimar: a jurisprudence of crisis*. Berkeley: University of California Press, 2000.
- JAMES, Harold. Economic reason for the collapse of the Weimar Republic. In: KERSHAW, Ian (Ed.). *Weimar: why did German Democracy fail?*. London: Weidenfeld and Nicholson, 1990.
- JAY, Martin. *The dialectical imagination*. Berkeley: University of California Press, 1996.
- KAHN-FREUND, Otto. Das soziale Ideal des Reichsarbeitsgerichts. Eine kritische Untersuchung zur Rechtsprechung des Reichsarbeitsgerichts (1931). In: RAMM, Thilo. *Arbeitsrecht und Politik. Quellentexte 1918-1933*. Berlin: Neuwid, 1966. (Tradução publicada em KAHN-FREUND, Otto. *Labour law and politics in the Weimar Republic*. Basil Blackwell: Oxford, 1981.)
- . Der Funktionswandel des Arbeitsrecht (1932). In: RAMM, Thilo. *Arbeitsrecht und Politik. Quellentexte 1918-1933*. Berlin: Neuwid, 1966. (Tradução publicada em KAHN-FREUND, Otto. *Labour Law and Politics in the Weimar Republic*. Basil Blackwell: Oxford, 1981.)

- . Hugo Sinzheimer 1875-1945 (1976). In: KAHN-FREUND, Otto. *Labour Law and Politics in the Weimar Republic*. Basil Blackwell: Oxford, 1981.
- . *Labour Law and Politics in the Weimar Republic*. Ed. Roy Lewis e John Clark. Basil Blackwell: Oxford, 1981.
- KAIRYS, David (Org.). *The politics of law: a progressive critique*. New York: Basic Books, 1998.
- KELLY, Duncan. *The state of the political: conceptions of politics and the state in the thought of Max Weber, Carl Schmitt and Franz Neumann*. New York: Oxford, 2003.
- KELSEN, Hans. *Quien debe ser el defensor de la Constitución?*(1931). Madrid: Tecnos, 1995.
- . *Introduction to the problems of legal theory* (1934). Oxford: Clarendon Press, 2002.
- KERSHAW, Ian. *Hitler 1889-1936*. Hubris. London: Allen Lane-The Penguin Press, 1998.
- KIRCHHEIMER, Otto. Weimar – and what then? An analysis of a Constitution (Weimar – und was dann? Entstehung und Gegenwart der Weimarer Verfassung, 1930). In: KIRCHHEIMER, Otto. *Politics, law and social change*. Ed. Frederic S. Burin e Kurt L. Shell. New York: Columbia University Press, 1969.
- KJAER, Anne Mette. *Governance*. Cambridge: Polity Press, 2004.
- LENIN, Vladimir I. *O Estado e a revolução*. São Paulo: Hucitec, 1979.
- LEWIS, Roy; CLARK, Jon. Introduction. In: KAHN-FREUND, Otto. *Labour law and politics in the Weimar Republic*. Basil Blackwell: Oxford, 1981.
- LOPES, José Reinaldo Lima. *Direito e transformação social: ensaio interdisciplinar das mudanças do direito*. São Paulo: Ciência Jurídica, 1997.
- LOWENSTEIN, Karl. *Teoría de la constitución*. Madrid: Ariel, 1979.
- LÖWY, Michael. *A teoria da revolução no jovem Marx*. Petrópolis: Vozes, 2002.
- LUHMANN, Niklas. *Sistema jurídico e dogmática jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983a.
- . *Sociologia do direito I*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983b.
- LUMIA, Giuseppe. *Elementos de teoria e ideologia do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

- MACHADOa, Maíra Rocha. *A internacionalização do direito penal*. São Paulo: Ed. 34-Direito GV, 2004.
- ; RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Punição e estrutura social: por uma teoria crítica do crime e da pena*. Aula ministrada no curso livre de Teoria Crítica. São Paulo, Núcleo Direito e Democracia Cebrap – Instituto Goethe, 2006. Mimeografado.
- MACHADOb, Marta Rodriguez de Assis. *Sociedade do risco e direito penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais*. São Paulo: IBCCRIM, 2005.
- MACHADOc, João Baptista. *Introdução ao direito e ao discurso legitimador*. Coimbra: Almedina, 2004.
- MARRAMAO, Giacomo. Entre bolchevismo e social-democracia: Otto Bauer e a cultura política do austromarxismo. In: HOBSBAWM, Eric J. (Org.). *História do marxismo: o marxismo na época da Terceira Internacional, a Revolução de Outubro, o austromarxismo*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1985.
- MARX, Karl. *O capital*. São Paulo: Abril Cultural, 1984. v. 1.
- . *A ideologia alemã*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- MATTOS, Paulo Todescan Lessa. *O novo Estado regulador no Brasil: direito e democracia*. 2004. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito da USP, São Paulo. Mimeografado.
- McCORMICK, John. The dilemmas of dictatorship. Carl Schmitt and constitutional emergency powers. In: DYZENHAUS, David (Ed.). *Law & politics, Carl Schmitt's critique of liberalism*. Durham: Duke University Press, 1998.
- McCRUDDEN, Christopher. Social policy and economic regulators: some issues from the reform of utility regulation. In: McCRUDDEN, Christopher. *Regulation and deregulation: policy and practice in the utilities and financial services industries*. Oxford: The Clarendon Press, 1999.
- MENDES, Denise Vitale. Democracia direta e poder local: a experiência brasileira do. In: COELHO, Vera Schattan R. Pereira; NOBRE, Marcos (Org.). *Participação e deliberação: teoria democrática e experiências institucionais no Brasil contemporâneo*. São Paulo: Editora 34, 2004.
- MIRANDA, Jorge (Ed.). *Textos históricos do direito constitucional*. Lisboa: Imprensa Nacional; Casa da Moeda, 1990.

- MÜLLER, Ingo. *Hitler's justice. The courts of the Third Reich*. Cambridge: Harvard University Press, 1991.
- NAVES, Macio Binharino. *Marxismo e direito: um estudo sobre Pashukanis*. São Paulo: Boitempo, 2000.
- NEGREIROS, Teresa. *Teoria dos contratos: novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- NEUMANN, Franz L. Die politische und soziale Bedeutung der arbeitsgerichtlichen Rechtsprechung (1929a). In: RAMM, Thilo. *Arbeitsrecht un Politik. Quellentexte 1918-1933*. Berlin: Neuwid, 1966. (Tradução publicada em NEUMANN, Franz. *Il Diritto del Lavoro fra Democrazia e Dittadura*. Bologna: Il Mulino, 1983.)
- . Gegen ein Gesetz über Nachprüfung der Verfassungsmässigkeit von Reichsgesetzen (1929b). In: RAMM, Thilo. *Arbeitsrecht un Politik. Quellentexte 1918-1933*. Berlin: Neuwid, 1966. (Tradução publicada em NEUMANN, Franz. *Il Diritto del Lavoro fra Democrazia e Dittadura*. Bologna: Il Mulino, 1983.)
- . Die soziale Bedeutung der Grundrechte in der Weimarer Verfassung (1930). In: RAMM, Thilo. *Arbeitsrecht un Politik. Quellentexte 1918-1933*. Berlin: Neuwid, 1966. (Tradução publicada em NEUMANN, Franz. *Il Diritto del Lavoro fra Democrazia e Dittadura*. Bologna: Il Mulino, 1983.)
- . Die Gewerkschaften in der Demokratie und in der Diktatur (1934). In: RAMM, Thilo. *Arbeitsrecht un Politik. Quellentexte 1918-1933*. Berlin: Neuwid, 1966. (Tradução publicada em NEUMANN, Franz. *Il Diritto del Lavoro fra Democrazia e Dittadura*. Bologna: Il Mulino, 1983.)
- . Die Funktionswandel des Gesetzes im Recht der bürgerlichen Gesellschaft (1937). In: *Demokratischer und autoritärer Staat*, ed. Herbert Marcuse, Frankfurt am Main: Fischer Wissenschaft, 1986. (Versão em inglês: The change in the function of law in modern State. *The democratic and the authoritarian State: essays in political and legal theory*. Ed. Herbert Marcuse. Illinois: Free Press, 1957.)
- . Types of Natural Law (1940). *The democratic and the authoritarian State: essays in political and legal theory*. Ed. Herbert Marcuse. Illinois: Free Press, 1957.
- . The concept of political freedom (1953). *The democratic and the authoritarian State: essays in political and legal theory*. Ed. Herbert Marcuse. Illinois: Free Press, 1957.



- . *Anxiety and Politics* (1957). *The democratic and the authoritarian State: essays in political and legal theory*. Ed. Herbert Marcuse. Illinois: Free Press, 1957.
- . *Behemoth: the structure and practice of national socialism 1933-1944* (1942). New York: Harper Torchbooks, 1966.
- . *Il Diritto del Lavoro fra Democrazia e Dittadura*. Ed. Gaetano Vardaro. Bologna: Il Mulino, 1983.
- . *The rule of law. Political theory and the legal system in modern society*. Leamington: Berg, 1986.
- . On the preconditions and the legal concept of an economic constitution. In: KIRCHHEIMER, Otto; NEUMANN, Franz. *Social democracy and the rule of law*. Ed. Keith Tribe. London: Allen & Unwin, 1987.
- NOBRE, Marcos. *Teoria crítica*. Rio de Janeiro: Zahar, 2004.
- NONET, Philipe; SELNICK. *Law and society in transition: towards responsive law*. Somerset: Transaction Publishers, 2001.
- NORTH, Douglas. *Institutions, institutional change and economic performance*. Cambridge: Cambridge University Press, 1990.
- . *Understanding the process of economic change*. Princeton: Princeton University Press, 2005.
- NOZIK, Robert. *Anarquismo, Estado e utopia*. Rio da Janeiro: Zahar, 1991.
- NYE, Joseph; DONAHUE, John D. *Governance in a globalizing world*. London: Brookings Institution Press, 2000.
- OFFE, Claus. *Capitalismo desorganizado*. São Paulo: Brasiliense, 1995.
- . *Problemas estruturais do estado capitalista*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984.
- . The problem of social power in Franz L. Neumann's Thought. *Constellations*, v. 10, n. 2, 2003.
- OPHIR, Adi. *The order of evils. Toward an ontology of morals*. New York: Zone Books, 2005.

- PAULSON, Stanley L. Neumanns Kelsen. In: ISER, Matthias & STRECKER, David (Org.). *Kritische Theorie der Politik*. Franz L. Neumann – eine Bilanz. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2002.
- . The theory of public law in Germany 1914-1945. *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 25, n. 3, 2005.
- PENTEADO, Luciano Camargo. *Efeitos contratuais perante terceiros*. 2006. Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo, São Paulo. Mimeografado.
- PERELS, Joachim (Ed.). *Recht, Demokratie und Kapitalismus*. Aktualität und Probleme der Theorie Franz L. Neumanns. Bade-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1984.
- PEUKERT, Detlev J.K. *The Weimar Republic: the crisis of classical modernity*. New York: Hill and Wang, 2001.
- POULANTZAS, Nicos. *O Estado, o poder, o socialismo*. Rio de Janeiro: Graal, 2000.
- PRADO, Viviane Muller. Grupos societários: análise do Modelo da Lei 6.404/1976. *Revista Direito GV*, v. 1 n. 2, 2005.
- ; BURANELLI, Vinicius Corrêa. Relatório da pesquisa de jurisprudência sobre direito societário e mercado de capitais no Tribunal de Justiça de São Paulo. *Cadernos Direito GV*, v. 3, n. 1, jan. 2006.
- PREUß, Ulrich K. Formales und materials Recht in Franz Neumanns Rechtstheorie. ISER, Matthias; STRECKER, David (Org.). *Kritische Theorie der Politik*. Franz L. Neumann – eine Bilanz. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2002.
- PÜSCHEL, Flávia Portella. As funções da responsabilidade civil e o artigo 927, § único, do Código Civil. *Revista Direito GV*, v. 1 n. 1, 2005.
- . Função punitiva da responsabilidade civil no direito brasileiro: uma proposta de investigação empírica acerca das fronteiras entre as responsabilidades civil e penal. 2006. Mimeografado.
- ; MACHADO, Marta Rodrigues de Assis. Questões atuais acerca da distinção entre as responsabilidades civil e penal. In: GARCIA, Basileu. *Instituições de direito penal*, São Paulo: Quartier Latin, 2006. No prelo.
- RADBRUCH, Gustav. La sécurité en droit d'après la théorie anglaise. *Archives de Philosophie du Droit et de Sociologie*. Paris: Sirey, 1936.

- . *Introdução à ciência do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- . *Filosofia do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.
- RAMM, Thilo (Ed.). *Arbeitsrecht un Politik. Quellentexte 1918-1933*. Berlin: Neuwid, 1966.
- RENNER, Karl. *Institutions of private law and their social functions*. London: Routledge, 2001.
- ROCHA, Jeal Paul Veiga da. *A capacidade normativa de conjuntura no direito econômico: o déficit democrático da regulação financeira*. 2004. Tese (Doutorado) –Universidade de São Paulo, São Paulo. Mimeografado.
- RODRIGUEZ, José Rodrigo. A hermenêutica jurídica como negação do subjetivo. In: ——— ; BOUCAULT, Carlos Eduardo de Abreu (Org.). *Hermenêutica plural*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- . *Dogmática da liberdade sindical: direito, política, globalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- . Franz Neumann, o direito e a teoria crítica. *Lua Nova: Revista de Cultura e Política*, São Paulo: Cedec, v. 61, 2004a.
- . A cabrocha e o magistrado: apontamentos sobre o drama do direito no Brasil. In: TOLEDO, M.P. *Cultura brasileira: o jeito de ser e de viver de um povo*. São Paulo: Nankin, 2004b.
- ROSENBERG, Arthur. *A history of German Republic 1918-1930*. London: Methuen, 1936.
- RUETE, Matthias. Post-Weimar legal theory in exile. *The rule of law*. Political theory and the legal system in modern society. Leamington: Berg, 1986.
- SADER, Emir. *Estado e política em Marx: para uma crítica da filosofia política*. São Paulo: Cortez, 1993.
- SANCHEZ, Michelle Ratton. *Demandas por um novo arcabouço sócio jurídico na Organização Mundial do Comércio e o caso do Brasil*. 2004. Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo, São Paulo. Mimeografado.
- SANTOS, Boaventura de Souza. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. São Paulo: Cortez, 2000.
- . (Org.). *Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005.

- . *A gramática do tempo: para uma nova cultura política*. São Paulo: Cortez, 2006.
- SCHEUERMAN, William E. *Between norm and exception: the Frankfurt school and the rule of law*, Cambridge: MIT Press, 1997.
- . *Carl Schmitt: the end of law*. Boston: Rowman & Littlefield, 1999.
- SCHMITT, Carl, *Gesetz und Urteil: Eine Untersuchung zum Problem der Rechtspraxis* (1912). Munique: Beck, 1969.
- . *La defensa de la Constitución – Estudio acerca de las diversas especies y posibilidades de salvaguardias de la Constitución* (1931). Madrid: Tecnos, 1983.
- SHAMIR, Ronen. Between self-regulation and the Alien Tort Claims Act: on the contested concept of corporate social responsibility. *Law & Society*, v. 38, n. 4, 2004.
- SIÉYÈS, Emmanuel Joseph. Quelques idées sur la constitution applicable a la Ville de Paris. *Oevres de Siéyès*. Paris: Edhis, [s.d.].
- SILVEIRA, Alípio. *Hermenêutica jurídica*. Seus princípios fundamentais no direito brasileiro. São Paulo: Brasiliense, [s.d.].
- SMALDONE, William. *Rudolf Hilferding: the tragedy of a German social democrat*. Illinois: Northern Illinois University Press, 1998.
- SÖLLNER, Alfons. *Neumann zur Einführung*. Hannover: Soak Verlag, 1982.
- STACHURA, Peter D. National socialism and the German proletariat, 1925-1935: old myths and new perspectives. *The Historical Journal*, Cambridge University Press, 1993.
- SUNSTEIN, Cass; SCHKADE, David; ELLMAN, Lisa M.; SAWICKI, Andres. *Are judges political?: an empirical analysis of the Federal Judiciary*. Washington: Brookings Institution Press, 2006.
- SUPIOT, Alain (Org.). *Au-delà de l'emploi: Transformations du Travail et Devenir du Droit du Travail en Europe*. Paris: Flammarion, 1999.
- SWEDBERG, Richard. *Max Weber e a idéia de sociologia econômica*. Rio de Janeiro: Editora UFRJ; Beca Produções Culturais, 2005.
- TEUBNER, Günther. Substantive and reflexive elements in modern law. *Law & Society Review*, 1983.

- . Juridificação – Noções, características, limites, soluções. *Revista de Direito e Economia*, Coimbra, v. 14, p. 17-100, 1988a.
- (Org.). *Dilemmas of law in the modern state*. Berlin: Walter de Gruyter, 1988b.
- . *O direito como sistema autopoiético*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.
- . Altera pars audiatur: o direito na colisão de discursos. In: ALVES, J. A. Lidgren. *Direito e cidadania na pós-modernidade*. Franca: Ed. Unimep, 2002.
- . *Direito e policontextualidade*. Franca: Unimep, 2005.
- THORNHILL, Chris. *Political theory in modern Germany – an introduction*. Oxford: Polity, 2000.
- TRUBEK, David. Max Weber on law and the rise of capitalism. *Wisconsin Law Review*, p. 720-753, 1972.
- . Towards a social theory of law: on the study of law and development. *Yale Law Journal*, v. 82, n. 1, Nov. 1972.
- ; JOERGES, Christian. *Critical legal thought: an American-German debate*. Baden-Baden: Nomos, 1989.
- VARDARO, Gaetano. Oltre il diritto del lavoro: un Holszweg nell’opera di Franz Neumann. In: NEUMANN, Franz. *Il Diritto del Lavoro fra Democrazia e Dittadura*. Bologna: Il Mulino, 1983.
- WALBERG, Marek. A estratégia política da social-democracia alemã. In: HOBBSBAWM, Eric J. (Org.). *História do marxismo: o marxismo na época da Segunda Internacional (Primeira parte)*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1982.
- WEBER, Max. *Economía y sociedad*. México: Fondo de Cultura Económica, 1992.
- WELLMER, Albrecht. *Critical theory of society*. New York: Continuum, 1971.
- WINKLER, Heinrich August. *La Repubblica di Weimar*. Roma: Donzelli Editori, 1998.
- WOOD, Ellen Meiksins. *Democracia contra capitalismo: a renovação do materialismo histórico*. São Paulo: Boitempo, 2003.
- ZEITLIN, Jonathan; TRUBEK, David M. *Governing work and welfare in the new economy*. Oxford: Oxford University Press, 2003.